

Honorables

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

Dr. Luís Roberto Suárez González

Magistrado Sustanciador

E. S. D.

Referencia: Proceso verbal promovido por RODOLFO ANTONIO GAMERO MESA contra ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. (antes ZLS Aseguradora de Colombia S.A.). Rad. 110013199003-2020-3324-03.

-AMPLIACIÓN DE LOS REPAROS FORMULADOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA RECURRIDA-

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número No. 79.470.042 de Bogotá, portador de la Tarjeta Profesional No. 67.706 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado judicial de **ZURICH COLOMBIA SEGUROS S.A. (antes QBE Seguros S.A. y ZLS Aseguradora de Colombia S.A.)** -en adelante ZURICH- en el proceso de la referencia, calidad que reasumo a través del presente escrito, encontrándome dentro del término legal, procedo a **ampliar y sustentar los reparos concretos** formulados en virtud del **recurso de apelación** interpuesto en contra de la sentencia de fecha 26 de octubre de 2021, con base a las siguientes consideraciones:

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea del caso aclarar que, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el extremo adjetivo que represento solicitó el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, no obstante, dicha solicitud fue desestimada por el Magistrado Sustanciador, razón por la cual, interpose oportunamente recurso de súplica.

El recurso de súplica se encuentra, actualmente, en trámite, razón por la cual, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 4º del art. 118 del CGP, el término

para que ZURICH amplíe los fundamentos de la impugnación se encuentra aún suspendido.

Sin perjuicio de ello, me reservo el derecho de ampliar los términos de este memorial una vez sea resuelto el recurso de súplica y, en el evento, en que el H. Tribunal estimase procedente la práctica de pruebas en segunda instancia solicitada por ZURICH, dicha oportunidad procesal la ejerceré luego de la práctica de dichas pruebas en segunda instancia.

II. AMPLIACIÓN DE LOS REPAROS

A. La presente controversia debía ser resuelta en función de las cláusulas contractuales de la póliza expedida por ZURICH y no de la seguridad social.

Resulta oportuno advertir que el alcance del amparo de Incapacidad Total y Permanente – en adelante ITP- documentado en la póliza expedida por ZURICH se distingue inequívocamente, de los contratos de seguro de que trata el Sistema General de Seguridad Social.

Con ello, queremos recalcar que, desde la fijación del litigio en el curso de la audiencia inicial, se ha dejado en claro que la *exigibilidad* de la cobertura en cuestión no debe ser vista en función de las pautas y requisitos previstos en el sistema general de seguridad social en pensiones para que sus afiliados accedan a prestaciones económicas y asistenciales, entre ellas, las pensiones de invalidez.

Por el contrario, las finalidades, funciones y alcances de la póliza de vida grupo expedida por ZURICH y que dispensaba cobertura al grupo asegurado - trabajadores activos al servicio de Drummond mientras tuviesen contrato laboral con dicha sociedad- distan abiertamente de los seguros propios de la seguridad social.

De esta manera, el reconocimiento de un derecho pensional a favor del accionante RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA, no implicará necesariamente que se materialice la cobertura de ITP reclamada en sede de este litigio, ni mucho menos

que el insumo médico contenido en la calificación de invalidez, corresponda a la prueba irrefutable de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, de acuerdo con el art. 1077 del C. de Co.

B. La sentencia impugnada desconoció el alcance y términos contractuales de la póliza objeto de este litigio, así como los requisitos que determinan la exigibilidad del amparo de ITP.

Precisado lo anterior, el asunto discutido en este litigio ha de ser decidido en función estricta de lo establecido en las condiciones generales y particulares de la póliza de seguro de vida grupo, y no en función de lo que establezca el sistema de seguridad social, porque la naturaleza y finalidades de los seguros correspondientes atienden a otras motivaciones.

Tal como será analizado, de la definición del amparo de ITP de la Póliza expedida por ZURICH se desprende que son varios los elementos [y requisitos contractuales] que configuran el riesgo asegurado.

Dentro de los requisitos previstos por la Póliza, la incapacidad debe durar un período continuo no menor de 120 días a partir de la fecha de estructuración.

El riesgo está delimitado, en consecuencia, fundamentalmente por los efectos, y en ello la póliza es prolija al establecer unos precisos requisitos.

En el contexto de la póliza, el estado de invalidez requiere que se produzcan unas lesiones orgánicas o alteraciones funcionales permanentes, es decir, que dejen secuelas definitivas tales que incapaciten al asegurado de manera permanente, no sólo para el ejercicio de su trabajo o profesión habitual sino, en un sentido más amplio, para el ejercicio de cualquier otro trabajo o profesión de la cual pudiere derivar sustento o ganancia. Es decir, que el estado de invalidez es relevante, para los fines de la cobertura, sólo en la medida en que afecte en forma total y de por vida la capacidad del asegurado para desarrollar actividades de las cuales, como se dijo, pudiere obtener sustento o ganancia.

De otro lado, el estado de invalidez requiere, según se indicó, que la lesión o alteración sean permanentes, pero no basta que se vislumbre su permanencia en el tiempo sino que el riesgo asegurado exige el cumplimiento de un presupuesto adicional, que contribuye a delimitarlo: que transcurra el período ininterrumpido de 120 días establecido en las condiciones particulares de la póliza.

Dadas las características de la definición de invalidez total y permanente, y del amparo, la exigencia anotada, consiste en un prolongado período de observación, a cuyo vencimiento podrá decirse que el estado de invalidez se presenta como definitivo.

A este respecto, téngase en cuenta que -acorde con las condiciones particulares que delimitaron el amparo de ITP- los requisitos contractuales para derivar la *exigibilidad* de la prestación asegurada a cargo de mi representada fueron establecidos desde su propia definición. Veamos:

Para todos los efectos de este amparo se entiende por incapacidad total y permanente o invalidez, la sufrida por el asegurado menor de setenta (70) años de edad, que haya sido ocasionada y se manifieste estando asegurado bajo el presente amparo adicional, que produzca lesiones orgánicas o alteraciones funcionales que resulten en una Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) igual o superior al cincuenta por ciento (50%), que impidan a la persona desempeñar cualquier tipo de trabajo o actividad remunerada o desempeñar todas las ocupaciones o empleos remunerados para los cuales se encuentra razonablemente calificado, en razón de su capacitación, entrenamiento o experiencia, siempre que dicha incapacidad total y permanente o invalidez haya existido por un periodo continuo no menor de 120 días calendario contados desde la fecha de estructuración de la invalidez y se encuentre dentro de la vigencia del seguro y no haya sido provocada por el asegurado.

Sin perjuicio de cualquier otra causa de incapacidad total y permanente o invalidez, se considera como tal la pérdida total e irreparable de la visión en ambos ojos, la amputación de ambas manos o de ambos pies, o de toda una mano y de todo un pie, eventos en los cuales, para que opere el amparo, no se requerirá que transcurra el periodo continuo de ciento veinte (120) días calendario de incapacidad total y permanente.

Para que se configure la Incapacidad Total y Permanente o la Invalidez, el asegurado debe ser calificado con una pérdida igual o superior al 50% de su capacidad laboral, y demostrar la calidad de incapacitado total y permanente o inválido mediante dictamen de calificación de pérdida laboral formalmente emitido y debidamente ejecutoriado por parte de la Junta Nacional o Regional de Calificación de invalidez, Administradoras de Fondos de Pensiones, Administradoras de Riesgos Laborales y Entidades Promotoras de Servicios de Salud.

De acuerdo con lo anterior, para proceder con el pago de la indemnización que corresponda, es necesario que la relación laboral del trabajador (Asegurado) con el Tomador., hubiere terminado por la justa causa de reconocimiento de la pensión de invalidez y que haya sido incluido efectivamente en la nómina de pensionados. En consecuencia, se debe acreditar la condición de pensionado mediante certificación emitida por el área de Recursos Humanos del Tomador Bogotá, en la que se indique la fecha de la desvinculación definitiva del trabajador por haber adquirido la pensión de invalidez, junto con el certificado de reconocimiento de pensión por invalidez expedido por la Entidad encargada del pago de las mesadas pensionales. En todos los casos se ampara la incapacidad total y permanente cuando esta, así como el evento que da origen a la misma, se produzca dentro de la vigencia de este amparo.

De acuerdo con lo anterior, la estructuración del amparo de ITP es de naturaleza compleja, dado que su configuración demanda el cumplimiento de varios requisitos, a saber:

- a) Que el asegurado que sufra la pérdida de capacidad laboral sea menor de 70 años.
- b) Que no sea provocada intencionalmente
- c) Que la incapacidad o invalidez se manifieste, estructure y califique durante la vigencia de la Póliza.
- d) Que el asegurado se encuentre imposibilitado de realizar actividades productivas como consecuencia de la Incapacidad Total o Permanente.
- e) Que la incapacidad se haya manifestado por un lapso no inferior a 120 días, contados a partir de la fecha de estructuración y durante la vigencia de la Póliza.
- f) Que el estado de invalidez del asegurado se encuentre debidamente “dictaminado” a través un Calificador de la Seguridad Social. Es decir, por parte de la Junta Nacional o Regional de Calificación de Invalidez, Administradoras de Fondos de Pensiones, Administradora de Riesgos Laborales y Entidades Promotoras de Servicios de Salud.

Este último requisito concerniente a la “calificación” no sólo a la configuración de los requisitos que determinan la exigibilidad del amparo sino que, adicionalmente, tendrá efectos probatorios a la luz de lo preceptuado por el artículo 1077 del C. de Co. Esto también implica que la calificación de la invalidez deberá observar los criterios técnicos, médicos y normativos que rigen dichas calificaciones, en el marco del Manual Único de Calificación de Invalides adoptado mediante el Decreto 1057 de 2014.

De esta forma, los requisitos que debe cumplir un asegurado para acceder a la prestación asegurada de ITP, han sido establecidos en forma prolija por las condiciones particulares de la póliza; no obstante, tal como será precisado en acápites posteriores de este escrito, la Delegatura asumió que el reclamo se formalizó tan sólo con el dictamen DML-7620 del 2 de noviembre de 2018, cuando en realidad, dicho dictamen -así como varios de los documentos en que este se

fundamentó- presentaban “inconsistencias técnicas y médicas” con base a las cuales se llega a la conclusión que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no cumplió a cabalidad con los requisitos antes aludidos.

Siendo ello así, la ausencia de todos o alguno de estos requisitos traerá como consecuencia la inexigibilidad de la prestación asegurada a cargo de ZURICH.

C. El juez de primer grado derivó la *inaplicabilidad e inoponibilidad* de las cláusulas contractuales que rigen la configuración del amparo de ITP en clara contravía del alcance de las Leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011.

En lo que respecta a estos puntos objeto de reparo, comenzaré por precisar lo que se probó en el proceso respecto del “deber de información” a cargo de ZURICH frente a sus asegurados -trabajadores al servicio de Drummond- y, seguidamente, esbozaré nuestro desacuerdo en relación con las consecuencias que aplicó la Delegatura de cara a la inaplicabilidad de los términos contractuales que regían la cobertura de ITP.

1. El deber de información a cargo de ZURICH.

- Para el momento en que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA se vinculó laboralmente con DRUMMOND no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009, razón por la cual, el anterior asegurador (COLSEGUROS hoy ALLIANZ) cumplió con su obligación de entregar la póliza y sus anexos al tomador DRUMMOND.
- Por su parte, ZURICH cumplió con la obligación de entregar la Póliza al Tomador (“Drummond”) de conformidad con lo preceptuado por el inciso 2º del art. 1046 del C. Co.
- La intención de las partes que celebraron el Contrato de Seguro (ZURICH y Drummond) así como la ejecución de las diferentes obligaciones, entre ellas, permite entrever que el deber de información a los asegurados (“trabajadores al servicio de Drummond”) estaba a cargo del tomador y del corredor de seguros, lo cual, se encuentra debidamente

acreditado con las declaraciones rendidas por MARÍA ANGÉLICA LAVERDE RODRÍGUEZ -los documentos por ella aportados en el curso de su declaración- y SANDRA GAITÁN (funcionaria de AON).

- La Póliza es no contributiva (los asegurados no contribuyen al pago de la prima, es un beneficio que se deriva de una Convención Colectiva) y el Tomador Drummond no recibía compensación por gestión administrativa.
- La Póliza estaba a disposición de quien requería su consulta por intermedio de DRUMMOND y AON.
- Debe tomarse en cuenta la naturaleza no contributiva de la Póliza, la confidencialidad de cierta información crítica y sensible respecto de ciertos aspectos, así como el contexto en qué operaba la cobertura y la inclusión automática de los asegurados.
- El señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA ya hacía parte del grupo asegurado para el momento en que inició la cobertura de la Póliza y gozó de cobertura mientras estuvo la misma vigente.
- Está probado que Drummond adelantó jornadas de capacitación laboral, distribuyó folletos informativos a sus trabajadores, dando a conocer la existencia de la Póliza de Vida Grupo (no contributiva) que amparaba a los asegurados.
- El accionante durante el trámite de reclamación del amparo de ITP ante ZURICH recibió información precisa, clara y oportuna en torno a los requisitos y documentos necesarios para acceder a la cobertura.
- El señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA conocía [y debía conocer] los términos de la Póliza. Ello se explica en la medida en que en la demanda, así como en la reclamación prejudicial, conocía con detalle las sumas aseguradas e, inclusive, accionó por vía de tutela para lograr la efectividad del amparo de ITP, luego, surge el presente interrogante

¿por qué alegó su desconocimiento y, a la vez, ha pretendido no sólo la efectividad de dicha cobertura por vía de la acción de tutela y del presente proceso?

- Con todo, el señor Rodolfo Antonio Gamero Meza no adoptó prácticas de protección propias [pese a que sobre él se radicaba dicha carga de diligencia], razón por la cual, no sería justo ni equitativo que alegando su propia negligencia accediese a un beneficio.
 - El accionante a sabiendas que ZURICH era el asegurador que expidió la Póliza que se encontraba vigente para la fecha en que reclamó el amparo de ITP no elevó ninguna petición concreta vía PQR.
 - No puede perderse de vista que el señor GAMERO promovió una acción de tutela en contra de ZURICH tendiente a hacer efectivo el amparo de ITP, razón por la cual, es dable inferir que conocía [y debía conocer] la existencia de la póliza de seguro y los términos contractuales que la regían.
 - Con todo, la *posible* asimetría de información del accionante no sirve de excusa para desdibujar los términos contractuales que rigen la Póliza, en especial, los términos que delimitaron el riesgo asegurado, los cuales, le son *oponibles*. En efecto, la prestación asegurada inherente al amparo de ITP se deriva de los términos contractuales que gobiernan la relación aseguraticia.
- 2. La Ley 1328 de 2009 -en su conjunto- no contempla la consecuencia o efecto de inaplicar un amparo contractual vertido en una póliza de seguro cuando existe inobservancia del deber de información a cargo de la entidad vigilada.**

Tal como se aprecia, la Ley 1328 de 2009 no contempla ninguna consecuencia derivada de la omisión de cumplir con el deber de información a cargo de las entidades vigiladas, entre ellas, las Compañías de Seguros.

Si bien no se desconoce la existencia de dicho deber a cargo de las compañías de seguros frente a los consumidores de seguros (esto es, sus tomadores, asegurados y beneficiarios), nótese cómo la citada ley no contempló ninguna consecuencia -contractual- consistente bien sea en la ineficacia de una disposición contractual ni mucho menos en su *inoponibilidad* como lo hizo la Delegatura al inaplicar la definición -y, por consiguiente, delimitación contractual- del riesgo de ITP previsto en la Póliza expedida por ZURICH.

Incurrió, por esta vía, la Delegatura en una aplicación indebida de la Ley 1328 de 2009 al asignarle unas consecuencias ajenas al art. 7º de la citada codificación, cuando optó por *inaplicar* las condiciones particulares previstas en la Póliza expedida por ZURICH, en lo tocante al amparo de ITP. Ni mucho menos una consecuencia similar a la aplicada por el juzgador de primer grado se encuentra contemplada en otras normas que componen la citada Ley 1328 de 2009, norma que insisto, ni siquiera estaba vigente para el momento en que el accionante ingresó como asegurado a la Póliza expedida en su momento por COLSEGUROS y que, en últimas, sigue los mismos lineamientos en cuanto respecta al requisito de configuración del amparo de ITP, identidad de amparos, sumas aseguradas, riesgos, etc.

El ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas a la Delegatura se encuentra debidamente delimitado por la ley; de esta forma, la aplicación de consecuencias [no previstas por la ley 1328 de 2009] -en el marco de las relaciones contractuales de la entidad vigilada con sus consumidores- no sólo desconoce el principio de legalidad sino que, adicionalmente, *excede* el ámbito de competencia funcional de la entidad.

3. Las consecuencias que prevé la Ley 1480 de 2011 en lo que respecta a la omisión del deber de información no consisten en la no aplicación o *inoponibilidad* al consumidor financiero de las condiciones contractuales que delimitan una cobertura o amparo.

Ahora bien, teniendo claridad sobre el concepto, el alcance y la forma en que se debe analizar el cumplimiento de esta obligación, es necesario descender a los efectos jurídicos que surgen como consecuencia de su incumplimiento. Sobre el

particular, la ley 1328 de 2009 no contiene norma alguna que establezca el efecto jurídico que se genera con la infracción al deber de información. De ahí que resulte aplicable, por su carácter supletivo, la norma del Estatuto del Consumidor que regula la materia.

De esta forma, téngase presente que la ley 1480 de 2011 tampoco contempla el *efecto* que aplicó la Delegatura en la sentencia recurrida en lo que respecta a las condiciones que delimitan el amparo o cobertura, sino que, por el contrario, las consecuencias que prevé este estatuto normativo son de naturaleza *resarcitoria*, siempre y cuando confluyan en un caso concreto para aplicarlas.

En ese sentido, el inciso primero del art. 23 de la Ley 1480 de 2011, a saber, preceptúa: “Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, **serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información.** En todos los casos la información mínima debe estar en castellano.” (Destacado fuera de texto).

Como se aprecia, la consecuencia que aparece la infracción del deber de información en el Estatuto del Consumidor **no consiste en inaplicar los términos contractuales de la póliza de seguro, como erradamente lo hizo, la Delegatura sino que, por el contrario, la misma es de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria de los daños que ello ocasione al consumidor.**

En contravía con ello, y aun en gracia de discusión, nótese que, en la primera instancia, *no se acreditó la existencia de perjuicios ciertos y directos irrogados al actor RODOLFO ANTONIO GAMRO MEZA con motivo de la presunta omisión del deber de información a cargo de ZURICH, razón por la cual, no podría aplicarse dicha consecuencia.*

Dicho de otro modo, en el caso que nos ocupa no concurren los presupuestos fácticos para que, en todo caso, si el H. Tribunal estimase incumplido dicho deber por mi representada, aplique las consecuencias indemnizatorias previstas por el aparte normativo antes citado.

No debe soslayarse que las facultades extra y ultra petita con que se encuentra investida la Delegatura deben ejercerse dentro de los límites que la ley le ha establecido y, por esa vía, tampoco se hallan probados los supuestos fácticos que hubiesen edificado una eventual indemnización de perjuicios a cargo de ZURICH por este concepto.

Con todo, estimo que las facultades para fallar ‘ultra’ y ‘extra petita’ no se extienden a la segunda instancia procesal, razón por la cual, aun si se modificara el fallo impugnado en este sentido, el H. Tribunal carecería de la competencia para llegar a imponer a ZURICH la obligación de indemnizar perjuicios, máxime si en el expediente no obra prueba alguna con base a la cual predicar la consecuencia prevista por el aparte normativo atrás citado.

D. La definición del amparo de ITP, así como los requisitos que derivan su exigibilidad son de interpretación restrictiva, pese a ello, fueron desatendidos por parte de la Delegatura.

Por lo demás, el anómalo proceder de la Delegatura trajo como consecuencia la trasgresión las pautas hermenéuticas que rigen el contrato de seguro, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales señaladas por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, concretadas, en su “interpretación restrictiva”.

De ahí que los requisitos contractuales que prevé la póliza debían ser observados - en su literalidad-, so pena, de hacer extensiva la configuración del amparo de ITP frente a otras situaciones fácticas que no eran objeto de cobertura.

Dicho de otra manera, al estimar que no eran aplicables las exigencias concernientes a la duración del estado de incapacidad por un período no inferior y continuo de 120 días -contados a partir de la fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral- la Delegatura *tergiversó y distorsionó* la definición del amparo de ITP y, por esa vía, se dio cobertura a un estado de invalidez que no reunía dicho período de incapacidad sino que, adicionalmente, desdibujó las pautas del Manual Único de Calificación de Invalidez que debía acatar el calificador de la seguridad social, en este caso, COLPENSIONES.

La exigencia de los requisitos del amparo de ITP, entre ellos, el período de incapacidad continuo no inferior a 120 días a partir de la estructuración de invalidez, además de dotar de individualidad a la cobertura y de distinguirla frente a otras, halla su razón de ser, en que el estado de invalidez debe estar precedido de los conceptos de “mejoría médica máxima”, así como el agotamiento de las medidas de “rehabilitación integral” adoptados por los médicos tratantes del asegurado.

Ello obedece a que el estado de invalidez no se gesta en un solo momento; contrario a ello, es un proceso donde interviene, necesariamente, los conceptos de rehabilitación (o no mejoría) por parte de los profesionales de la salud, en función de la evolución de las patologías que han precedido la declaratoria del estado de invalidez.

En esa medida, nótese cómo, las pautas normativas que gobiernan el régimen de seguridad en social en pensiones, previo a la declaratoria de invalidez de un afiliado, requiere que la persona cumpla al menos un período de incapacidades médicas no inferior a 180 días.

En contraste con ello, la póliza exige que el estado de invalidez -en este caso, las incapacidades previas a su declaratoria- correspondan tan sólo a 120 días contados a partir de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral; luego, dicho requisito ostenta un carácter *sine qua non* para derivar la exigibilidad del amparo de ITP.

E. La sentencia recurrida derivó beneficios injustificados para el accionante RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA quien no cumplió a cabalidad con las cargas de “informarse”

Paradójicamente a la sentencia impugnada le bastó acudir a los efectos probatorios que se derivan de la “negación indefinida” del accionante para derivar la *inaplicación* de la definición del amparo de ITP prevista en la Póliza expedida por ZURICH, no obstante, olvidó la Delegatura que los consumidores de seguros sí se encuentran en el deber “informarse” y, por esa vía, de adoptar conductas diligentes en función a salvaguardar sus intereses contractuales.

Nótese cómo, de acuerdo con los hallazgos de la prueba documental que obra en el plenario (la acción de tutela presentada en forma previa por el demandante, la gestión documental adelantada en el trámite de reclamación extrajudicial ante ZURICH), dejaba entrever que el accionante “sí conocía” y, en todo caso, “debía conocer” e “informarse” en torno a la existencia de la Póliza expedida por ZURICH, sobre todo, si la misma emanaba de un beneficio colectivo de DRUMMOND a favor de sus trabajadores.

Véase cómo en el trámite de la reclamación surtido por el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA ante el corredor de seguros AON, es factible entender que el accionante debía conocer los requisitos para acceder al amparo de ITP, máxime si en el trámite de reclamación el demandante tuvo el acompañamiento de la sociedad corredora, pese a que el trámite, en últimas, no culminó en forma satisfactoria para este último.

Contundente resulta el hallazgo probatorio presente en el plenario, conforme al cual, se observa que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA en forma previa a acudir a la acción de protección del consumidor financiero promovió una acción de tutela con miras a hacer efectivo el amparo de ITP.

Si bien al momento de vincularse laboralmente, ingresó a ser parte del grupo asegurado, en la solicitud de seguro debidamente suscrita diligenciada por él, se aprecia que la compañía de seguros original era COLSEGUROS (hoy ALLIANZ) y, de esta manera, resulta un hecho incuestionable que el accionante sabía de la existencia de una póliza de seguro que dispensaba cobertura, entre otros riesgos, para el de ITP.

De esta forma, no se justifica que la Delegatura haya trasladado [no sólo unas consecuencias no previstas en la ley] sino que, de hecho, avale la conducta negligente de los asegurados [entre ello, el demandante] en lo que respecta a la atención de las cargas (deberes) de informarse, de sagacidad, de diligencia, probidad, buena fe, lealtad y corrección que les incumbe asumir en el ejercicio de su autonomía privada y, en el marco, de una relación de consumo.

Por lo tanto, consideramos que no existen razones que justifiquen el proceder de la Delegatura en la sentencia aquí impugnada y, por ende, rogamos al H. Tribunal que el yerro del fallo recurrido sea enmendado en la sentencia que dirima el fondo de este asunto, sobre todo, si se tiene presente que fallos como el recurrido constituye un grave incentivo conductual para otros consumidores de seguros que no acatan las cargas y deberes a su cargo.

En efecto, “presumir de derecho” que el asegurado no estaba debidamente informado lo legitima, a la luz de las motivaciones de la sentencia recurrida, para salir impune frente a conductas y prácticas negligentes por él observadas, lo cual, va en contravía de los contenidos obligaciones y deberes secundarios dimanantes de la buena fe como principio que rige la actuación negocial de las partes en las etapas precontractual, contractual e, incluso, posteriores a su terminación.

F. El estado de invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no reunía los requisitos [contractuales] para derivar la exigibilidad de la Póliza.

Contrario, a la tesis prohijada por la Delegatura en la resolución judicial impugnada, el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no reúne los requisitos para ser acreedor al pago del amparo de ITP, por las siguientes razones:

1. No cumplió el requisito concerniente a que la incapacidad se haya manifestado por un lapso no inferior a 120 días, contados a partir de la fecha de estructuración y durante la vigencia de la Póliza.

Sobre este particular, téngase en cuenta que este hecho se encuentra probado con base a la certificación expedida por COOMEVA, en la cual se constataba que el estado de invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no estuvo precedido del período de incapacidades requeridas por la póliza, el cual, valga señalar, es inferior al previsto en el régimen de seguridad social para los afiliados que pretenden acceder a una pensión de invalidez.

Dicha circunstancia, por lo demás, es indicativa que las patologías que originaron el *presunto* estado de invalidez que aqueja al demandante RODOLFO ANTONIO

GAMERO MEZA no contaban con conceptos de “mejoría médica máxima” debidamente documentados en la Historia Clínica que dieran a entender que, surtido el correspondiente período de incapacidad, no era posible mejorar o recuperar el estado de salud del examinado.

Sobre este particular, la declaración rendida por la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO dejó entrever los siguientes puntos relevantes -omitidos por la Delegatura-, a saber:

“Respuesta: Para acceder a una pensión de invalidez la persona tiene que ser remitida cuanto tenga incapacidades de 180 días o un concepto de rehabilitación desfavorable. Nosotros solo exigimos 120 días, porque en ese momento alcanzaría el 50%.

Pregunta: Ese requisito de los 120 días tienen alguna relación con el concepto de mejoría medica máxima.

Respuesta: Se supone que yo no puedo llegar a un nivel de calificación si yo estoy en tratamiento activo todavía y no tengo concepto de mejoría medica máxima.

Pregunta: Usted recuerda cuanto fue el tiempo de evolución de las patologías

Respuesta: en las HISTORIA CLÍNICA dice que al señor lo reubicaron en el 2011 pero las HISTORIA CLÍNICA están del 2016 en adelante.

Adicionalmente, la ausencia de soportes en la Historia Clínica -por concepto de incapacidades- que sirvió como fundamento a la calificación adelantada por COLPENSIONES, lo manifestado en las declaraciones rendidas por María Angélica Laverde Rodríguez y la Dra. Daya Garay quienes adicionalmente, pusieron en conocimiento de la Delegatura los hallazgos del estudio técnico (pericial) realizado por la Firma Delta Salud.

Resulta revelador que en la declaración rendida por la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO, cuando ella fue preguntada en relación con la exigencia de

los procesos de *validación o confrontación de las incapacidades médicas particulares con las EPS o medicinas prepagadas*, la declarante respondió: *“Es el deber ser. Debe ser transcrita por la entidad competente. Ningún trabajador se va a quedar sin eso o sino no le pagarían los días.”*

En contraste, **en la documentación aportada para el año 2018 se soportan solo 3 días de incapacidad** y adicionalmente es importante recordar que se reportaron tiempos de trabajo completo con reconocimiento salarial según información de salarios pagado y pagos a seguridad social aunado a los procesos de seguimiento de la adaptación laboral referida anteriormente

2. El demandante no se encuentra imposibilitado para desarrollar cualquier actividad o trabajo de acuerdo a su cualificación y experiencia

En ese sentido, de acuerdo con los hallazgos detectados por el área de auditoría médica de ZURICH -liderada en su momento por la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO-, expuestos en su declaración, dejaban entrever que el estado de salud del accionante no ameritaba que hubiese sido declarado su estado de invalidez con arreglo a los criterios porcentuales asignados por COLPENSIONES en su calificación.

Todo lo contrario, el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA, en principio, era *reubicable* laboralmente y, en esa medida, en su Historia Clínica se echa de menos algún concepto de medicina laboral que señalase que su estado de invalidez era *definitivo o no reversible*.

Nótese cómo este hallazgo deja nos permite entrever que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA podía desempeñar otras actividades o roles laborales para las cuales se encuentra razonablemente calificado.

3. La calificación del estado de invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no cumple los requisitos establecidos en el Manual de Calificación de Invalidez y demás pautas técnicas y normativas.

A este respecto, conviene efectuar las siguientes observaciones de acuerdo con lo que resultó probado:

- a. El Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral allegado por el demandante como sustento de su reclamo presenta varias inconsistencias [que son objeto de discusión] que ponen en entredicho su eficacia probatoria. Pese a ello, no fueron debidamente tomados en consideración por la Delegatura en primera instancia.

En relación con este asunto téngase en cuenta que ZURICH cumplió la carga de diligencia de interponer los recursos de reposición y, en subsidio, de apelación en contra del mismo, con base en varias inconsistencias puestas de presente en el testimonio de la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO pese a ello dichos recursos no fueron resueltos por COLPENSIONES en lo que respecta a los reparos elevados por ZURICH.

Adicionalmente, partiendo de la premisa de la errada valoración que la Calificación de Invalidez realizada por Colpensiones -según el errado entendimiento de la Delegatura-, a su juicio, no podían ser rebatidos por mi representada, pese a la existencia de declaraciones testimoniales que, en sede de una controversia de naturaleza contractual y ajena a la seguridad social, pueden ser colocados en tela de juicio.

De esta forma, contrario a lo señalado por la Delegatura, la Calificación de Invalidez adelantada por COLPENSIONES **no es incontrovertible ni mucho menos inexpugnable en el marco de la presente acción de protección al consumidor financiero.**

Téngase presente que la controversia que nos ocupa, y tal como fue delimitada en la audiencia inicial, se enmarca en función del contrato de seguro y no de la normatividad especial de la seguridad social. En esa medida, mal podría limitarse a ZURICH la contradicción probatoria del acto de calificación adelantado por COLPENSIONES a través de otros

medios de prueba, sobre todo, si a través de ellos se vislumbra el no acatamiento de las pautas técnicas y médicas que debían ser acatadas, so pena que la aplicación a ultranza de dicha tesis conlleve una vulneración de las garantías fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción que le asiste en sede judicial a mi poderdante.

En efecto, el proceder de la Delegatura -amén de no ser garantista- deviene un gran desacierto en cuanto precipitado y con notorio prejuizgamiento que, de entrada, colocó a ZURICH en una desventaja desde el punto de vista de “igualdad de armas” para controvertir las pruebas que han sido allegadas por la parte actora.

De hecho, esta *errada* posición fue insinuada por parte de la Funcionaria LILIANA CÁRDENAS HEREDIA, en el curso de la audiencia inicial y, a partir, de dicho momento, la Delegatura asumió un *sesgo* no sólo de cara a la orientación que le imprimió al litigio sino que, adicionalmente, fue determinante de manifiestos yerros observados en el curso de las audiencias en las cuales se adelantó el recaudo de pruebas, entre ellas, la del 28 de julio de esta anualidad, oportunidad en la cual, llevó al extremo de no permitir siquiera la aportación del documento contentivo del experticio elaborado por la Firma Delta Salud.

Adicionalmente, dentro de los hallazgos detectados por la auditoría médica de ZURICH -en cabeza de la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO- y los hallazgos de la Firma Delta Salud [narrados por la citada testigo] se encuentran los siguientes:

- No existían incapacidades medicas temporales continuas que alcanzaran o sobrepasaran los 120 días, por el contrario incapacidades medicas de uno a tres días como máximo;
- Zona geográfica de las acciones (Valledupar y Barranquilla en el año 2018) no ofrece credibilidad por la comisión de presuntas conductas delictivas en torno a la generación de conceptos de

invalidez para generar cobros de prestaciones en seguridad social, condonaciones de créditos y Pólizas.

- Imprecisiones del Dictamen Médico de Pérdida de Capacidad Laboral elaborado por Colpensiones, tales como: soportar la decisión en una evaluación muy limitada y una Historia Clínica conformada en más de un 90% en conceptos asistenciales emitido en los 9 meses previos a la calificación, si reportar Historia Clínica anterior al 2018 a excepción de 3 documentos de 2017 y uno de 2016.
- Tomando como punto de partida pautas y criterios establecidos en la normatividad vigente donde se evidencian fallas en el proceso establecido en el manual único para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional (decreto 1507 de 2014) en torno al proceder inicial y al proceder en cada uno de los diagnósticos definidos pertinente para calificar en este caso H90.3 Hipoacusia neurosensorial bilateral severa con uso de audífono, F33.1 trastorno depresivo recurrente episodio moderado presente, F06.7 trastorno cognitivo leve. M51.8 Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y M17.9 Gonartrosis no especificada.
- No se tienen en cuenta todos los criterios y genera un apreciación inadecuada en el concepto del dictamen referido, en adición concepto asistenciales generados con apreciaciones erradas o con hallazgos no corroborados al revisar los documentos directamente se encuentran resultados diferentes y que pueden generar cambios en la calificación realizada.
- El método, los criterios y las pautas que llevan a generar un concepto numérico llevan a generar errores que termina considerando la calificación adelantada por COLPENSIONES no es viable aceptar su decisión y no solo en la condición numérica de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional, sino también

con la fecha de estructuración definida donde se explica que no cumple con el criterio establecido en la norma.

4. **Los hallazgos de auditoría médica y del estudio adelantado por Delta Salud dejan entrever que la pérdida de capacidad laboral del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA es inferior al 50% (Según Delta Salud corresponde, en realidad, al 38,18%)**

En este sentido, téngase presente que la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO, en su declaración, puso de presente, a saber:

“Pregunta: Informe al Despacho a que conclusiones llega la firma Delta Salud en relación con la validación de ITP.

Respuesta: la ITP no es 50%. La fecha de estructuración está mal dada y hay demasiadas inconsistencias entre los hallazgos y las Historias Clínicas aportadas.

Pregunta: La mencionada firma realizó alguna conclusión entorno a si el dictamen emitido por Colpensiones cumple o no los requisitos del manual único.

Respuesta: DELTA SALUD dice que no se cumple porque no se cumplen las audiometrías, no se tiene en cuenta la reubicación que hizo Drummond, hay inconsistencias entre médicos y entre conceptos de rehabilitación. DELTA SALUD dice que el señor Gamero puede seguir trabajando.”

5. **Las irregularidades, inconsistencias, falta de soporte médico ponen en grado de duda “insalvable” que la fecha de estructuración de la invalidez del accionante se haya gestado durante la vigencia de la Póliza.**

Lo anterior se hace plausible si se toman en consideración los reparos técnicos y médicos que formuló ZURICH en contra de la calificación adelantada por

COLPENSIONES, los hallazgos de auditoría de la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO y el estudio adelantado por Delta Salud).

Y siguen las inconsistencias, según el testimonio rendido por la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO, se evidenciaron varias inconsistencias que no superaron el proceso de validación de ZURICH. Veamos:

“Respuesta: Cuando llegaron las Historias Clínicas nos dimos cuenta de que no se había dado el proceso normal que se da en una EPS o en una prepagada. Había conceptos particulares. Eran hojas sueltas. Adicionalmente, todos los conceptos estaban hechos de un tiempo para aquí.

Pregunta: porque la objeción solo se basó en el tema de las incapacidades a pesar de los múltiples hallazgos

Respuesta: Cuando él allego los documentos, la electromiografía estaba incompleta. En la historia ocupacional nos dimos cuenta de que estaba reubicado. Por otro lado, las demás inconsistencias no son sustentables para una objeción. Para que una persona tenga acceso al seguro, tienen que cumplirse tres cosas: (i) pensionado (ii) Incapacidad soportada y (iii) PCL superior al 50%. RODOLFO ANTONIO GAMERO no tiene una invalidez a pesar de tener una limitación. Por eso sólo se objetó por los 120 días, es lo único por lo que se podía objetar porque los otros hallazgos de auditoría medica no son sustentables en una objeción.

Pregunta: hablemos de la incapacidad.

Respuesta: el señor no tiene incapacidades que superen los 3 días. Si quiere podemos ver en un documento.

Pregunta: quiere complementar algo más.

Respuesta: En los conceptos de rehabilitación había inconsistencias, la EPS de Gamero es Coomeva, pero en algunos conceptos salen otras cosas que no son Coomeva. La electromiografía solo tenía una hoja y pedimos que la completaran y volvió a mandar exactamente la misma hoja. El trastorno cognitivo, lo calificaron con una tabla que no es.

Pregunta: Voy a ponerle unos documentos en pantalla que hacen parte de la Historia Clínica de RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA.

Respuesta: Se ponen los documentos en pantalla (Historia Clínica de Gamero)

Pregunta: Pudo evidenciar quien hizo la Historia Clínica.

Respuesta: Hay varios prestadores e IPS involucradas en la Historia Clínica. Sin embargo, hay documentos que no sabemos de dónde salen [o provienen].”

No sobra recordar que en el contexto de las irregularidades y presuntas maniobras fraudulentas – en el marco de la denominada “**operación frenocomio**”- en que se ha visto inmersas las reclamaciones extrajudiciales y judiciales adelantadas frente a ZURICH en otros casos [si bien diferentes al aquí analizado] ponían de relieve a la Delegatura la necesidad de ponderar y racionalizar en el caso examinado los hallazgos y conclusiones de las calificaciones adelantadas por COLPENSIONES, tal como se puso de presente en el interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal de ZURICH, medio de prueba igualmente ignorado por la Delegatura en su análisis.

A este respecto, la Dra. DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO manifestó:

“Pregunta: informe al Despacho que patrones anómalos o irregulares de la operación frenocomio se ven replicados aquí.

Respuesta: en la Historia Clínica psiquiátrica es muy parecida a las Historias Clínicas que hicieron parte de ese cartel (depresión por estrés laboral, depresión por insomnio etc). Adicionalmente, esas Historia Clínica no tienen continuidad en el tiempo, no hay hospitalizaciones, no hay antecedentes anteriores a una fecha fija. La depresión generalmente es una enfermedad crónica que tiene indicios en la adolescencia y en estos casos aparece de la nada.

Pregunta: Tiene conocimiento de los términos de la póliza vida grupo de Drummond

Respuesta: Si. Esa póliza es necesaria a la hora de hacer el análisis.

Pregunta: En sus labores de auditoria cuales son los puntos o requisitos que usted verifica de cara a una reclamación de ITP

Respuesta: que se haya surtido el debido proceso en cuanto a su pensión. La persona debe tener una incapacidad que limite su actividad laboral, que haya pasado por un periodo de recuperación, que haya obtenido mejoría máxima o un concepto desfavorable del especialista tratante. Adicionalmente, los soportes de cada una de las calificaciones deben estar completos en los documentos allegados con la reclamación.”

Como puede observarse, Las inconsistencias desde el punto médico y técnico en que se encuentra inmersa la calificación del estado de invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA imponen concluir que no se estructuró ni mucho menos se probó el cumplimiento de los requisitos del amparo de ITP. Es decir, no se cumplen los requisitos que delimitaron el acaecimiento de la obligación condicional del Asegurador y, por el contrario, se encuentran debidamente acreditados motivos adicionales que darían lugar a la no exigibilidad de la prestación asegurada.

Se advierte a la H. Delegatura la posible incidencia que podría tener un precedente judicial en otros posibles reclamos que se gestan ante la jurisdicción, según lo anotó DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO en su testimonio quien señaló que las irregularidades antes descritas [se replican] en un cúmulo de casos no inferior a 100.

G. La indebida valoración jurídica y probatoria realizada por el sentenciador de primer grado llevó a no aplicar el requisito de 120 días continuos de incapacidad.

En lo que respecta a este reparo, conviene señalar que la resolución judicial, le otorgó plena validez y eficacia probatoria al dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES, con base a la siguiente línea argumentativa:

“(…) Conforme a lo anterior, se encuentra que el actor cumple con el requisito de acreditar la existencia del siniestro, al allegar copia del examen de PCL emitido por Colpensiones, quien dictamino una PCL de 55.86% con fecha de estructuración del 19 de septiembre de 2018, dictamen que goza de presunción de legalidad ya que incluso el demandante con el obtuvo su pensión de invalidez.

Sin embargo, pese a estas manifestaciones, no encuentra esta delegatura que se pueda llegar a la certeza de la comisión de un delito o fraude en este caso, ya que ante la pregunta puntual de esta delegatura a la testigo, de si tiene conocimiento para este caso de la realización de un fraude manifestó que no. Por consiguiente, de las pruebas arrimadas al plenario no es posible desvirtuar lo expresado por el dictamen emitido por Colpensiones, que además es una entidad competente para realizar este tipo de dictámenes conforme a la ley 100 del 93 en su artículo 41.

Adicionalmente, existe formato de ejecutoria en el plenario en el que se indica que el dictamen de PCL fue notificado al ciudadano el 6 de noviembre de 2018 y transcurridos 10 días ninguna de las partes interesadas manifestó inconformidad frente al mismo. En consecuencia, el dictamen se encuentra ejecutoriado a partir del jueves 22 de noviembre de 2018. (…)

Como puede apreciarse, no sólo en la sentencia [sino en otras etapas de la actuación surtida en instancia] la Delegatura le otorgó no sólo la connotación de prueba pericial sino que, adicionalmente, le atribuyó efectos de legalidad e “incontestabilidad”, lo cual no resulta acorde con la naturaleza de dicho “documento” -en sede de una controversia judicial en el marco de un contrato privado de seguro- ni mucho menos, cuando se encuentra en discusión, lo que

concierno a la prueba de la ocurrencia del siniestro, conforme a lo preceptuado por el art. 1077 del C. de Co.

Quiere decir lo anterior que la calificación del *presunto* estado de invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA se encuentra -en estado de discusión- y el documento contentivo de ella, mal podría entenderse como inexpugnable en la forma que indica el juzgador de primer grado; pues ello equivaldría a sostener que mi representada no podría ejercer su derecho de defensa y contradicción frente a las pruebas que aduce la parte actora como fundamento de su reclamo.

Adicionalmente, la referida calificación de pérdida de capacidad laboral -emanada en el marco del sistema de seguridad social en pensiones-, fue el fundamento del reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante, pero ello no quiere decir que tenga la aptitud para probar los requisitos para acceder al amparo de ITP previsto en la póliza objeto de este debate.

Aunado a lo expuesto, resulta inadmisibile que la Delegatura haya colegido que dicha calificación de pérdida de capacidad laboral, por encontrarse en firme (para los efectos del régimen de la seguridad social) le sea oponible a ZURICH, cuando en realidad, **la Póliza objeto de este litigio no es de aquellas de la seguridad social** -como lo hemos precisado en otros acápite de este memorial- ni mucho menos mi representada se encuentra legitimada [como sí ocurre p. ej., con el seguro provisional] para controvertir vía recursos y ante la jurisdicción ordinaria laboral los alcances y hallazgos de dicha calificación.

Pese a ello, mi representada, en ejercicio de una conducta diligente y, sobre todo, tomando en consideración el contexto fáctico de las defraudaciones al sistema de seguridad social en pensiones en reclamaciones similares a la del accionante y tomando en consideración las inconsistencias técnicas y médicas que presentaba la calificación del demandante, interpuso oportunamente recursos de reposición y de apelación en contra de la calificación emitida por COLPENSIONES.

Olvidó la Delegatura hacer alusión a este último aspecto en la exposición de los fundamentos de la sentencia apelada; cuando, en realidad, el documento contentivo de dichos recursos, se encuentra en el expediente; cosa diferente que los

recursos impetrados por ZURICH no fueron resueltos ni atendidos por parte de COLPENSIONES.

Con todo, insisto que, desde la audiencia inicial y el H. Tribunal en el auto mediante el cual resolvió los recursos de apelación formulados en contra de las decisiones que negaron algunas pruebas en el curso de dicha diligencia, asumió que la calificación del estado de invalidez debía ser valorado simplemente como un “documento”, no obstante, la Delegatura le otorgó plena validez y efectos, a pesar que los cimientos de dicha calificación eran objeto de reparo por parte de ZURICH en el trámite de reclamación.

Así, la posición adoptada por la Delegatura resulta insólita y da a entender que el alcance del “documento” contentivo del proceso de calificación de la invalidez del señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no puede ser controvertido a través de otros medios de prueba, entre ellas, las declaraciones de terceros (testimoniales) que fueron recaudadas en el curso de la primera instancia procesal, a lo cual nos referiremos más adelante.

H. Inexigibilidad de la prestación asegurada. No cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos de la obligación condicional a cargo de ZURICH.

En suma, a la luz de lo expuesto con anterioridad el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA no cumplió a cabalidad cada uno de los requisitos para acceder al amparo de ITP, entre ellos:

- a) Que el asegurado que sufra la pérdida de capacidad laboral sea menor de 70 años.
- b) Que no sea provocada intencionalmente
- c) Que la incapacidad o invalidez se **manifieste, estructure y califique durante la vigencia de la Póliza.**

- d) Que el asegurado se encuentre imposibilitado de realizar **actividades productivas** como consecuencia de la Incapacidad Total o Permanente.
- e) Que la incapacidad se haya manifestado por un **lapso no inferior a 120 días**, contados a partir de la fecha de estructuración y durante la vigencia de la Póliza.
- f) **Que el estado de invalidez del asegurado se encuentre debidamente “dictaminado” a través un Calificador de la Seguridad Social**

De esta forma, no se configuró la realización de “siniestro” a la luz del amparo de ITP vertido en la Póliza expedida por ZURICH -así como tampoco a la luz de los requisitos señalados por la Póliza de COLSEGUROS- y, de esta forma, tomando en consideración que la configuración del siniestro era de naturaleza compleja no se cumplieron todos y cada uno de los requisitos que configurarían la exigibilidad de la obligación (condicional) a cargo de mi poderdante en los términos de los arts. 1540, 1541, 1542 del C. C. y 1074 del C. de Co.

I. La providencia impugnada incurrió en contradicciones respecto del valor probatorio y alcance del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES.

Por lo demás, resulta contradictorio y carente de fundamento que en la providencia impugnada se le otorgue presunción de legalidad del acto de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por COLPENSIONES y, en otras diligencias, la Delegatura le haya otorgado el carácter de documento.

De hecho, el Tribunal le otorgó el carácter de documento en el auto de fecha 19 de septiembre de 2021, oportunidad en la cual, dicha resolución judicial señaló:



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

3. En aras de resolver la petición elevada, se advierte de manera liminar que parcialmente le asiste razón al peticionario, pues el Tribunal no se pronunció sobre la “contradicción del dictamen”, omisión aquella, que provoca que se ordene la adición del proveído en este aspecto, en el sentido de confirmar la negativa de acceder a ese medio probatorio por cuanto en el asunto bajo análisis no se accedió al decreto de una prueba pericial ni se permitió que la demandante aportara uno para hacerlo valer en contra de su adversario, hipótesis consagradas en los artículos 226 y 227 del estatuto procesal civil, sino que con la radicación de la demanda se aportó como medio de convicción el resultado del trámite de pérdida de capacidad laboral realizado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones emitido el dos de noviembre de dos mil dieciocho, el cual se encuentra a folios 8 a 15 de los anexos de la demanda y frente al que se le reconoció valor probatorio de “documentales” junto con los demás instrumentos que acompañaron el escrito inicial, al haberse allegado en la oportunidad procesal correspondiente.

Por lo anterior, no resultaba procedente “solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones” con base al dictamen emitido por la administradora de fondos de pensiones toda vez que su aducción al proceso obedeció al acompañamiento de la demanda de los recursos con los que contaba el actor, razón por la que se confirmará la negativa de permitir la contradicción del dictamen, en tanto que la controversia debe recaer en la prueba documental.

En ese orden de ideas, no se aprehenden con claridad las razones por las cuales, la Delegatura le imprime una presunción de legalidad y, por esa vía, derivó su carácter incontrovertible, pese a que, de su mismo contenido y alcances, era viable considerar no cumplidos los requisitos de configuración del amparo de ITP, máxime si no adelantó una valoración probatoria en conjunto de los demás medios de prueba que ponían de relieve las inconsistencias técnicas y médicas que registraba el reclamo del accionante.

J. La providencia impugnada omitió valorar las declaraciones [de terceros] rendidas por MARÍA ANGÉLICA LAVERDE RODRÍGUEZ y DAYA GARAY SARMIENTO.

Al margen de lo expuesto en los reparos analizados con anterioridad, la Delegatura no adelantó ninguna valoración probatoria de los testimonios de MARÍA ANGÉLICA LAVERDE RODRÍGUEZ y DAYA ALEXANDRA GARAY SARMIENTO y, bajo ese entendido, **no apreció** en debida forma varios de los aspectos concernientes al presente litigio y que, si hubiesen sido debidamente valorados, seguramente la decisión de primer grado hubiese consistido en desestimar las súplicas de la demanda.

En efecto, dichos testimonios no sólo ofrecían claridad en torno a los requisitos que debía reunir el estado de invalidez con miras a hacer exigible la prestación

asegurada a cargo de ZURICH sino que, adicionalmente, dilucidaban otros aspectos que fueron ilustrados en los reparos esbozados con antelación, entre ellos: el hecho que la póliza [y su contenido] estaba a disposición de los asegurados para su consulta, la necesidad de validar los conceptos emitidos por médicos particulares, la ausencia de conceptos de mejoría médica máxima, el contexto de la denominada defraudación [“operación frenocomio”], los procesos de validación de los documentos en sede de reclamación de ITP, la no observancia de los requisitos de configuración del amparo respecto del accionante, las inconsistencias técnicas y médicas detectadas, la no observancia del número mínimo de 120 días de incapacidad, etc.

Por lo expuesto, la indebida labor de averiguación adelantada por la Delegatura ante varios hechos sobre los cuales versó la declaración de las testigos en comento, demandan del H. Tribunal que adelante un análisis cuidadoso y detallado de los hechos que vislumbraron sus testimonios, con el fin que la sentencia impugnada sea *revocada*.

K. Prescripción [y caducidad] de la acción de protección al consumidor financiero y de las acciones y derechos emanados del contrato de seguro.

Sin reconocer derecho indemnizatorio alguno a favor del demandante y sin perder de vista las consideraciones esbozadas a lo largo del presente escrito, aun en el evento en que el Despacho considerara que las circunstancias fácticas en las que se enmarca la pérdida reclamada por el demandante cumplen a cabalidad con el lleno de los requisitos previstos en las Condiciones Generales y Particulares de la Póliza materia de la presente controversia respecto del amparo de “*Incapacidad Total y Permanente*”, en todo caso, ha operado indiscutiblemente la prescripción de las acciones y derechos que emanan del Contrato de Seguro, según las voces del artículo 1081 del Código de Comercio.

En efecto, la prescripción de las acciones y derechos que emanan del contrato de seguro puede ser ordinaria o extraordinaria, según las voces del artículo 1.081 del Código de Comercio. La norma claramente prescribe que el término de dos (2) años se computan ora desde el instante en que el interesado conoció o debió conocer del hecho que da base a la acción, en tratándose de la ordinaria; o bien, desde la

ocurrencia del hecho que da base a la acción, caso en el cual el término de cinco (5) años connatural a la prescripción extraordinaria, correrá contra toda clase de personas. La norma en cita, a saber, preceptúa:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no podrán ser modificados por las partes”. (resaltado no original).

Valga anotar que dichos términos transcurren en forma conjunta y son excluyentes. Ello se traduce en que, si el interesado conoció o debió conocer de determinado hecho, verbigracia: la ocurrencia del siniestro será a partir de ese instante en que el término de dos años comenzará a contabilizarse, pues se regirá bajo los cánones de la prescripción ordinaria. Si el interesado no conoció ni debió conocer del hecho base de la acción, el término de la prescripción extraordinaria de cinco (5) años, empezará a contabilizarse desde el *“momento en que nace el respectivo derecho”*.

Conforme con lo anterior, se tiene que el deseo del legislador fue supeditar la contabilización de la prescripción ordinaria a un claro elemento de orden subjetivo cuya esfera radica en el conocimiento del interesado, ora que efectivamente haya conocido o debido conocer el hecho que da base a su acción. Mientras que el cómputo de la prescripción extraordinaria quedó sujeto a un elemento que se verifica en forma objetiva, esto es, el *“momento en que nace el respectivo derecho”*, ajeno e independiente a la cognición del Asegurador, tomador, asegurado o beneficiario, únicos sujetos que derivan sus derechos del contrato de seguro, dependiendo de la clase del derecho que pretenda hacerse efectivo.

En adición a lo anterior, vale anotar que conforme al inciso final del artículo 1081, los términos de prescripción son de orden público y, por tal virtud, no pueden ser modificados por las partes. En efecto, el fenómeno de la prescripción extintiva, *in genere*, ha sido establecido como un elemento estabilizador de las situaciones y relaciones jurídicas, que previene las mismas se extiendan a perpetuidad en clara contravención a la seguridad jurídica, los derechos adquiridos, la estabilidad y certeza de los derechos de crédito que emanan del negocio jurídico asegurativo.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han establecido en forma unívoca y clara que dichos términos corren contra el Asegurador, tomador, asegurado y beneficiario, pues son los únicos que derivan derechos, obligaciones y acciones derivados del contrato de seguro.

En nuestro medio, el profesor Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, ha sostenido que la socorrida expresión ‘contra toda clase personas’ prevista para la prescripción extraordinaria, debe interpretarse en forma coherente con el contrato de seguro, por lo tanto, los legitimados para incoar las respectivas acciones serán únicamente el asegurador, tomador, asegurado y beneficiario, bajo el siguiente entendido:

“Para el cabal entendimiento del artículo 1.081 del C. de Co. es preciso comprender claramente lo que se quiso regular en el inciso segundo de la disposición y establecer qué significan las expresiones ‘el interesado’ y el ‘hecho que da base a la acción’ y al respecto, es necesario tener presente que por ‘el interesado’ debe entenderse, en primer término, el sujeto de derecho (persona natural, jurídica o patrimonio autónomo) que tiene la posibilidad de ser indemnizada por el asegurador con ocasión de la ocurrencia de un siniestro; en otras palabras, la persona a quien el asegurador debe pagar, y por lo tanto, ese interesado será quien esté en posibilidad de exigir el pago de una indemnización o sea el acreedor a la prestación a cargo de la aseguradora.

También tiene tal calidad el asegurador respecto de los derechos radicados en su cabeza y que le otorgan, a su vez, la calidad de acreedor, como sucede, por ejemplo, con la posibilidad de exigir el recaudo de la prima, o el ejercicio de las acciones en orden a solicitar la nulidad del contrato, por cuanto resulta

ostensible que el plazo de prescripción igualmente corre en favor o en contra de aquella y no solo se predica de quien tiene derecho a reclamar el pago de la indemnización. (...)

Por consiguiente, no es un interés jurídico indirecto en el contrato el que permite tipificar la calidad de interesado, sino uno directo y de contenido económico que es el que origina para quienes quedan vinculados al mismo y que son los sujetos antes referidos.

La Corte Suprema de Justicia, es de esta opinión al afirmar que ‘por interesado debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1º y 2º del art. 1.047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador’, agrega que ‘estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera’. En este orden de ideas, creo que los arts. 1.037 y 1.080 del C. de Co. son las normas calves para poder conocer concretamente quiénes tienen la calidad de interesados, ya que el primero de ellos se refiere al tomador y a la aseguradora y el último establece los que pueden cobrar una indemnización (asegurado o beneficiario) y quién está obligado a pagarla. De las citadas disposiciones también se extrae que las personas mencionadas anteriormente son las que ostentan la calidad de interesados y, por ende, las cobijadas por el plazo de la prescripción, ora a favor, bien en contra.

En consecuencia, si ‘por el interesado’ se entiende a más del asegurador, el tomador, el asegurado o el beneficiario, con relación a estos sujetos de derecho correrán los términos de prescripción previstos en el art. 1081 del C. de Co. y no solo la ordinaria de dos años expresamente señalada en el inciso segundo, sino también la extraordinaria de que trata el inciso tercero, como adelante se demuestra, debido a que la expresión referente a que la prescripción extraordinaria correrá contra ‘toda clase de personas’ nada nuevo ni adicional aporta”.¹

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Ed. Dupré, quinta edición. Bogotá, 2010, pp. 289 -290.

Con base en los argumentos anteriormente esbozados, se colige que en el caso de marras han transcurrido más de dos años a partir del momento en que la asegurada conoció o debió conocer la estructuración de la pérdida de capacidad laboral que aduce sufrir, razón por la cual, a la luz del instituto prescriptivo ordinario se ha extinguido todo eventual compromiso indemnizatorio a su cargo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la contestación de la demanda se hizo la siguiente anotación “Sin perjuicio de lo anterior, me reservo el derecho de ampliar los fundamentos fácticos y jurídicos que informan el presente medio exceptivo en la oportunidad legal y procesal correspondiente” y que la excepción se formuló con base en las normas que rigen el presente proceso, solicito se declare la prescripción de la acción del consumidor.

En efecto, el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 establece lo siguiente:

“Procedimiento. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:

*3. Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato, **En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación.** En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía”. (Subrayo y resalto por fuera del texto)*

En virtud de lo anterior, y aterrizando los hechos del presente caso, tenemos que el demandante tuvo conocimiento de los hechos que dan base a la reclamación con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, es decir, el 02 de noviembre de 2018, o, en todo caso, al momento de la objeción, el 13 de septiembre de 2019. Así

las cosas, ya sea por la primera o por la segunda fecha, indudablemente operó la prescripción de la acción del consumidor.

Sobre el particular, téngase en cuenta que en virtud del principio *iura novit curia* le correspondería al H. Tribunal dirimir el fondo del presente asunto en la sentencia que finiquite el presente litigio en segunda instancia, acogiendo de esta forma, la prosperidad del presente medio exceptivo, dado que corresponde al fundamento de derecho de una prescripción -oportunamente invocada en la contestación de la demanda- que, en todo caso, resulta aplicable al caso concreto, tal como lo ha hecho la propia Delegatura de Funciones Jurisdiccionales en casos análogos al que nos ocupa.

A manera de referencia, téngase presente que la H. Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de acción de protección al Consumidor Financiero tramitada bajo el expediente 2021-2230 incoada por el señor Jobanis Mejía Ballesteros contra ZURICH- frente a un reclamo análogo al que nos ocupa-, declaró probada la configuración del presente medio exceptivo a través de sentencia anticipada proferida el pasado 28 de diciembre de 2021.

En esa oportunidad, la Delegatura tomó en consideración para efectos de contabilizar el término de prescripción de la acción de protección al consumidor financiero, la fecha en que se produjo la terminación del vínculo laboral del accionante con la entidad Drummond, pues a partir de dicho instante cesaba la vigencia individual de la Póliza frente a dicho asegurado.

Así las cosas, tomando en consideración lo expuesto, nótese que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA culminó su vínculo laboral con Drummond -entidad tomadora de la póliza- el pasado 12 de junio de 2019 (véase carta de despido con justa causa dirigida por el empleador al demandante). Por lo tanto, sería desde dicho momento que el señor RODOLFO ANTONIO GAMERO MEZA dejó de ser trabajador del tomador y en consecuencia asegurado en la póliza objeto de controversia, siendo desde dicho momento que se debe contabilizar el término del año que dispone el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Por lo tanto, el término máximo que le asistía al accionante para solicitar el pago del amparo por los hechos base de la reclamación a través del ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero no podría superar, en principio el 12 de junio de 2020. No obstante, la demanda fue radicada ante la Delegatura hasta el día 23 de octubre de 2020, momento para el cual, el término de prescripción antes analizado se encontraba inexorablemente consolidado.

III. SOLICITUD

Con base en lo expuesto anteriormente, solicito comedidamente al H. Tribunal **REVOCAR** en su integridad la sentencia apelada de fecha 26 de octubre de 2021 proferida por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De los Honorables Magistrados, respetuosamente,



RICARDO VÉLEZ OCHOA.
C.C. No. 79.470.042 de Bogotá D.C.
T.P. No. 67.706 del C. S. de la J.

**HONORABLE MAGISTRADO.
HENRY DE JESUS CALDERON RAUDALES.
SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA.
E.S.D.**

**Ref. Proceso Verbal Especial de Pertenencia de FANNY
CONSTANZA BUSTOS MORENO contra EDGAR ORLANDO
RODRIGUEZ, MARISOL CHACON LOZANO e INDETERMINADOS.
Rad: 2018-0127.**

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION.

WALTER FABIAN MORENO VARGAS, abogado en ejercicio, con personería civil y jurídica debidamente reconocida y acreditada, actuando en mi calidad de apoderado de la señora **MARISOL CHACON LOZANO**, a través del presente escrito, me permito sustentar el recurso de apelación, dentro del termino previsto en el articulo 14 del decreto 806 de 2020:

**METOLOGIA PARA DAR SUSTENTO AL RECURSO DE
APELACION.**

1. Problema jurídico.
2. Pretensión.
3. Sustento del Aquo para acceder a la causa petendi.
4. Introducción para contextualizar el origen del litigio.
5. Del apuntalamiento factico acreditado en el proceso de pertenencia.
6. De la inexistencia de posesión por parte de **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** como requisito esencial para adquirir por usucapión.

7. Interrupción de la presunta posesión que ostento **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**.
8. Cosa juzgada de los autos interlocutorios.
9. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

PROBLEMA JURIDICO.

¿Acredito La Demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** los requisitos de carácter sustancial para adquirir por **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO** los inmuebles **APTO 107 Y GARAJE 62 DEL PARQUE RESIDENCIAL EL GRECO II UBICADO EN LA CALLE 41 A No 66ª 49 DE LA CIUDAD DE BOGOTA?**

¿**EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO** debe estar suscrito por todas las personas que van a ocupar el inmueble objeto del contrato en calidad de meros tenedores?

¿**INCURRIO EL JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA** en un **DEFECTO SUSTANTIVO O MATERIAL** al apartarse de las decisiones proferidas por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL** en lo que respecta a la interrupción civil o judicial de la posesión?

¿**EL JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, violo el principio de seguridad jurídica, preclusión y congruencia al pronunciarse de un presunto derecho posesorio que tenía **BUSTOS MORENO** desde enero de 2007, aun cuando desde el 7 de diciembre de 2016 existe una providencia ejecutoriada, que fue proferida por el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** que declaro infundada la oposición a la entrega realizada por **FANNY CONSTANZA BUSTOS**

MORENO sobre los inmuebles propiedad de los demandados **MARISOL CHACON Y ORLANDO RODRIGUEZ?**

¿El auto interlocutorio que declara infundada la oposición a la entrega de un bien inmueble, tiene fuerza de cosa juzgada?

¿Puede computarse el término de posesión posterior a la presentación de la demanda, para adquirir un bien por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?

¿Cuáles son los actos que debe ejecutar el propietario de un bien para interrumpir la posesión del tercero?

PRETENSIÓN.

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad el fallo proferido en primera instancia por **EL JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA** el día 20 de mayo de 2021.

Como consecuencia de lo anterior:

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA incoada por **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** en contra de **MARISOL CHACON LOZANO Y EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON.**

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** y **AGENCIAS EN DERECHO** a la demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**

**SUSTENTO JURIDICO DEL AQUO PARA ACCEDER A LA CAUSA
PETENDI.**

Indicó el juez de primera instancia, que luego de revisar las declaraciones rendidas por **ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON** y **JAVIER VILLATE ZARATE**, en el proceso de simulación 2013-080 que adelanta actualmente **EL JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, encontró contradicciones en las declaraciones, llegando a la conclusión que “Fanny Constanza Bustos Moreno, ingreso a los inmuebles, con la conciencia de ser poseedora”.

Aduce el operador, que **VILLATE ZARATE** con una “respuesta infantil”, indica que, Fanny Constanza Bustos Moreno, no suscribió el contrato de arrendamiento por cuanto en ese momento ella fungía como Fiscal en Melgar Tolima, agregando el despacho, que ese no era motivo suficiente para que la hoy demandante no hubiera suscrito el contrato de arrendamiento, hecho el cual le pareció descabellado al despacho para que la hoy demandante no hiciera parte del contrato de arrendamiento que existió entre **ORLANDO RODRIGUEZ** en calidad de arrendador y **VILLATE ZARATE** en calidad de arrendatario.

A su vez, indico el operador de primera instancia que no existía coposesión de **FANNY CONSTANZA BUSTOS Y JAVIER VILLATE ZARATE**, pues este ultimo ingreso en calidad de arrendatario como lo encontró acreditado, sin embargo adujo que desde el momento que **VILLATE ZARATE** abandono el inmueble, esto es en junio de 2009, desde ese momento la demandante ejerció la posesión de manera plena y exclusiva, fecha desde la cual el despacho conto el termino de prescripción extraordinaria, aduciendo que desde la fecha en que **VILLATE ZARATE** abandono el inmueble y hasta el día que se llevo a cabo el desalojo en contra de la hoy demandante, esto es el 4 de diciembre de 2020, fecha posterior a la presentación de la presente demanda, ya había transcurrido el termino de los 10 años necesarios para adquirir por usucapión.

Indicó que el pagare 002 que suscribió **FANNY CONSTANZA BUSTOS** en calidad de acreedora y **JAVIER VILLATE ZARATE** como representante de Asonaldex en calidad de deudor, realmente no tenia como fin el pago de los \$100.000.000 más

intereses en favor de la hoy demandante, pues según el Aquo lo que en realidad se pretendió fue prometer por parte de **VILLATE ZARATE** la transferencia de un inmueble, que estaba en cabeza de un tercero.

Recalcó que el hecho de haberse practicado diligencia de entrega en contra de la opositora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, el día 4 de diciembre de 2020, por orden emitida por el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** en el incidente de oposición bajo radicado 2011-1105, en providencia del 7 de diciembre de 2016, dicho auto interlocutorio no hace transito a cosa juzgada, pues las decisiones (autos) que hacen transito a cosa juzgada, son los que terminan los procesos judiciales, dejando de lado el despacho, que el auto mencionado, puso fin a un tramite incidental del cual se dio apertura por la oposición a la entrega que realizo la hoy demandante y de la cual resulto vencida.

Indico que estos motivos eran suficientes para entender que la demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, ingreso a los inmuebles objeto de usucapión con la conciencia de ser poseedora, agregando, además, que encontró acreditado que la demandante cancelo administración, servicios públicos e impuestos prediales, motivo por el cual encontró por probada sin estarlo la calidad de señora y dueña que **BUSTOS MORENO** ejerció sobre los bienes objeto de usucapión.

Por último, indico que se encontraba acreditado, que **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, en su calidad de poseedora, había ejercido actos de señora y dueña sobre los inmuebles en mención, de manera quieta, publica, pacifica, ininterrumpida y sin clandestinidad, motivo por el cual llego de manera caprichosa y errónea a la conclusión de acceder a las pretensiones de la demanda, pasando por alto el abundante cumulo de pruebas allegado al proceso, pasando por encima de decisiones proferidas por otras autoridades judiciales sobre el mismo asunto y

las mismas partes, incluidos pronunciamientos de la sala plena de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL.**

INTRODUCCION PARA CONTEXTUALIZAR EL ORIGEN DEL LITIGIO.

FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO y **JAVIER VILLATE ZARATE** contrajeron matrimonio civil el día 22 de julio de 2003, en la notaria 35 del círculo de Bogotá, Fruto de esta relación se procrearon a las menores **FANNY ALEJANDRA Y LUISA FERNANDA VILLATE BUSTOS.**

El 21 de diciembre de 2006, por medio de la escritura pública 4409 de la notaria 55 del círculo de Bogotá, la señora **MARISOL CHACON LOZANO** junto con su esposo **ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON**, adquirieron a título de compraventa los inmuebles **APTO 107 Y EL GARAJE 62 DEL PARQUE RESIDENCIAL EL GRECO**

II.

Que el negocio de venta antes referido, se llevó a cabo con la entonces vendedora **ZEMMIR MARIA BERNANDA BEDOYA**, a quien se le cancelaron la suma de \$205.000.000 como precio total del inmueble para su adquisición, dineros que provenían directamente de **MARISOL CHACON LOZANO Y EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON.**

Que el precio del inmueble fue cancelado, con dineros fruto de préstamos personales realizados por parte del hermano del demandado **ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON**, ahorros de los demandados y con el subsidio de la **CAJA DE VIVIENDA MILITAR**, dineros de los que fue beneficiario el señor **EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON**, quien pertenecía en dicho momento al cuerpo de oficiales de la **POLICIA NACIONAL**, según se evidencia en

la escritura 4409 de la notaria 55 de Bogotá y como acredito la entonces vendedora **ZEMMIR BEDOYA** en la declaración rendida en el presente proceso.

En el año 2007 **EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ** en calidad de propietario y arrendador, inicio una relación de arrendamiento con el señor **JAVIER VILLATE ZARATE**, en el cual, a este último, se le entregaron a título de mera tenencia los inmuebles **APTO 107 Y EL GARAJE 62 DEL PARQUE RESIDENCIAL EL GRECO**

II.

Que el señor **JAVIER VILLATE** en su condición de **ARRENDATARIO** ingreso a los inmuebles antes referidos, con su entonces esposa y hoy demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** y su hija mayor Alejandra Villate bustos.

Que a mediados del año 2009 se presentaron graves desavenencias entre los entonces cónyuges **VILLATE BUSTOS**, lo cual desencadeno en un tortuoso divorcio y en mas de 30 acciones judiciales que los entonces consortes **VILLATE BUSTOS** se iniciaran el uno en contra del otro, litigios judiciales, que hoy 11 años después siguen en curso.

Lo anterior es acreditado por la demandante **BUSTOS MORENO** en su interrogatorio de parte, pues de manera displicente indica que no tiene actualmente ninguna clase de relación con **JAVIER VILLATE ZARATE**, además confirmo la tortuosa relación que tienen en la actualidad, afirmando que se dieron inicio a infinidad de acciones judiciales, por motivos que hoy se desconocen.

De los anteriores litigios, se desprendieron acciones judiciales en contra de la señora **CHACON LOZANO** y su esposo **EDGAR RODRIGUEZ**, pues la señora **BUSTOS** inicio en contra de los hoy demandados, infinidad de acciones judiciales, pues según su dicho le entrego a su esposo **JAVIER VILLATE** la suma de **\$100.000.000** para comprar los inmuebles objeto del presente proceso de manos

de la señora **ZEMMIR BEDOYA**, aseveración que jamás fue probada, pues todo parte de la imaginación de la señora **BUSTOS** con el fin de seguir atacando a su entonces esposo **JAVIER VILLATE**, reitero, por motivos que hoy se desconoce.

Que los demandados **RODRIGUEZ CHACON**, han sido víctimas de la disputa que tienen **FANNY BUSTOS** contra su exesposo y padre de sus hijas **JAVIER VILLATE ZARATE**, pues como señalaron los demandados en el interrogatorio de parte, la señora **BUSTOS MORENO** los ha presionado con acciones judiciales para apropiarse de manera ilegal de unos inmuebles que no le corresponde, pues según indicaron, les toco contratar sendos profesionales del derecho, con el ánimo de defenderse de los ataques judiciales que **BUSTOS MORENO** les ha propinado, como lo es la intervención como tercera interviniente en el proceso 2011-1105 que curso en el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** (restitución de inmueble arrendado), oposición a la diligencia de entrega tramitada en el proceso 2011-1105 que conoció **EL JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, Demanda Verbal de Simulación, conocida bajo radicado 2013-80, que adelanta actualmente **EL JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, queja disciplinaria ante la

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, queja disciplinaria ante la **DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL**, Denuncia penal por los delitos de Fraude Procesal y Falsedad En Documento privado y más de ocho (8) acciones de tutela que Bustos Moreno ha iniciado con el único animo de desconocer y controvertir las decisiones judiciales que se han proferido en favor de los demandados.

Que los demandados de manera personal, le requirieron el inmueble a la demandante, pretensión que lograron solamente con decisiones judiciales, pues, solo hasta el 4 de diciembre de 2020 a través de una diligencia de entrega que se llevó a cabo en asocio con la Inspección 13 de policía de Teusaquillo, Alcaldía de Teusaquillo y con el apoyo de la **POLICIA NACIONAL**, lograron recuperar materialmente los inmuebles de su propiedad, materializándose la orden de

entrega que desde el 7 de diciembre de 2016 había ordenado **EL JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** en contra de la hoy demandada **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**.

DEL APUNTALAMIENTO FACTICO ACREDITADO.

La señora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** en su calidad de mera tenedora por su condición de causahabiente del entonces arrendatario **JAVIER VILLATE ZARATE**, pretende usucapir los bienes inmuebles ubicados en la **CALLE 41 A No. 66ª 49, REFERENTE AL APTO 107 Y GARAJE 62 DEL PARQUE RESIDENCIAL EL GRECO II**, inmuebles que son de propiedad única y exclusiva de la señora **MARISOL CHACON LOZANO** y su esposo **EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON** desde diciembre del año 2006.

Que a través de acciones infundadas y sin sustento alguno, la señora **BUSTOS MORENO** ha pretendido arrebatarse a **MARISOL CHACON Y EDGAR ORLANDO RODRIGUEZ** de manera arbitraria y de mala fe, la propiedad de los inmuebles objeto del presente proceso, como se evidencio en su calidad de tercera interviniente en el proceso de restitución de inmueble arrendado 2011-1105 que adelanto el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, incidente de oposición a la entrega propuesto por la demandada y en contra de los legítimos propietarios de los bienes objeto del proceso, Acción Verbal de simulación que adelanta el **JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, bajo radicado 2013-80, denuncia penal en contra de los aquí demandados y el presente proceso de pertenencia que hoy conoce su despacho.

Lo anterior, sumado a las innumerables acciones de tutela que ha incoado en contra de las decisiones judiciales proferidas por los jueces anteriormente relacionados, llegando incluso dicha discusión, a la **SALA DE CASACION CIVIL**

DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN PLENO quienes, actuando como jueces constitucionales profirieron la sentencia STC11570-2019, tutelando los derechos fundamentales de **JAVIER VILLATE ZARATE**, validando las actuaciones realizadas por el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL** en el proceso de restitución de inmueble arrendado.

**DE LA INEXISTENCIA DE POSESION POR PARTE DE FANNY
CONSTANZA BUSTOS MORENO COMO REQUISITO ESENCIAL
PARA ADQUIRIR POR USUCAPION.**

La demandante solicita, en síntesis:

“Se declare que **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** adquirió por prescripción extraordinaria de dominio el apartamento 107 del bloque 2 y garaje No. 62 ubicados en la **AGRUPACION DE VIVIENDA PARQUE RESIDENCIAL EL GRECO II ETAPA P.H.** de la calle 41 A No. 55 – 49 (dirección catastral actual CL 41 A No. 66ª 49) de la ciudad de Bogotá, identificados con los folios de matrículas inmobiliarias 50C-661069 y 50C-661005, respectivamente.”

Es de conocimiento público, que para incoar la acción de pertenencia deben concurrir unos requisitos de orden formal y otros de orden sustancial, estos últimos sobre los cuales verso el alegato de cierre, que en termino presento este delegado defensor.

Lo que refiere a los requisitos de orden sustancial, para quien pretenda dar inicio a una acción de pertenencia, debe demostrar cuando menos dos requisitos

sustanciales, esto es tiempo y posesión, siendo preciso indicar que ninguno de estos dos requisitos se configura en cabeza de la hoy demandante.

Como es de público conocimiento la posesión supone que concurren en la misma persona animus y corpus, por lo que la carencia de uno de tales elementos descarta la posesión, como se pasa a indicar:

En lo que se refiere al animus, debe indicarse que se trata de un elemento de la psiquis de quien se dice ser poseedor para actuar como señor y dueño de la cosa, sin reconocer dominio ajeno sobre la misma.

Como es apenas evidente la demandante a través de su apoderado, quien a la luz del artículo 77 del CGP tiene plenas facultades para confesar de manera espontánea, (sin que sea posible que se le restrinja tal facultad – párrafo 3 art 77 CGP), reconoce dominio ajeno en cabeza de los hoy demandados Rodríguez – Chacón, respecto de los inmuebles objeto de este proceso. Es así como en los hechos 2.1 y 3.1. de la demanda que aquí nos ocupa, se señala

“2.1. El negocio de compra antes referido a favor de los cónyuges Villate – Bustos nunca se llevó a cabo, porque el cónyuge Javier Villate Zarate en contubernio con los actuales propietarios del apartamento 107 y el garaje 62, aquí demandados...

3.1. (...) debido a que procedieron a suscribir unos contratos de arrendamiento con la finalidad de que Javier Villate Zarate había tomado en arriendo de sus propietarios, los aquí demandados, los inmuebles objeto de esta demanda...

(Subrayas adheridas)

En otras palabras, la demandante desde el libelo introductorio de la demanda confiesa que reconoce dominio ajeno en cabeza de los demandados Rodríguez – Chacón, lo que de entrada descarta la posibilidad de que se configure posesión en cabeza de la actora, por no suplir el requisito esencial del animus para acreditar la posesión que pretende alegar.

En tal sentido, en el momento en que la señora Bustos Moreno confiesa en varios de los hechos de la demanda dominio ajeno en cabeza de los Rodríguez - Chacón, respecto de los bienes objeto de litigio, está descartando la configuración del elemento psicológico animus, es decir, evidencia que no es ni se cree señora y dueña de las cosas en litigio, reconociendo tal calidad en cabeza de sus verdaderos y únicos propietarios los Rodríguez – Chacón.

Conforme con lo anterior, no puede hablarse de posesión en cabeza de la actora, pues uno de los elementos esenciales de tal figura, es el animus, el cual como se ha dicho, no existe en este caso en cabeza de la demandante.

A lo anterior se suma, lo ya narrado en este proceso, cuando se informó al Despacho, que la actora propuso incidente de oposición a la entrega de los mismos bienes objeto de esta Litis, alegando ser poseedora de tales inmuebles desde principios del 2007.

Desatada tal oposición, la misma fue resuelta por el Juzgado 70 civil Municipal de Bogotá, en auto de fecha del 7 de diciembre de 2016, donde: declaro infundada la oposición a la diligencia de entrega de los inmuebles en cuestión, interpuesta por la Sra. Fanny Constanza Bustos Moreno, y como consecuencia de lo anterior, ordeno la entrega de tales inmuebles **SIN ATENDERSE OTRA OPOSICION**, conforme lo regula el parágrafo 3 del artículo 338 del CPC, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario.

Para llegar a tal conclusión, el juez de conocimiento tuvo en cuenta numerosos argumentos, de los cuales se destacan:

*“De las pruebas recaudadas dentro de la oposición encuentra este juzgador que, no se constituyó o estableció que la señora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** sea la poseedora del inmueble desde que lo habitaba en enero del 2007 en calidad de propietaria, pues según sus argumentos fue adquirido en la vigencia de la sociedad conyugal y no hay prueba documental que establezca tal supuesto, pues como se ha venido analizando el sustento de su posesión corresponde a las resultas de las denuncias penales y proceso ordinario que inicio contra su exconyuge pero en concreto no se demostraron acciones que infieran que sus actuaciones le haga como señora y dueña de ese inmueble.”*

Igualmente se indica, (...)

“Se destaca que esta entrega de inmueble se está realizando desde hace más de dos años, lo cual seguirla posponiendo esta orden atenta contra el principio de celeridad y eficiencia contra la administración de justicia, pues han sido un sin número los recursos de reposición, apelaciones, acciones de tutela, peticiones de suspensión, entre otras interpuestas contra una sentencia que se profirió ajustada a derecho, tanto así que todo lo que se ha resuelto por este despacho ha sido confirmado en su totalidad por los entes superiores, pues este servidor ha cumplido con el debido diligenciamiento del proceso que se reitera termino con sentencia el 13 de septiembre de 2012.”

(Subrayas Adheridas)

Es preciso indicar que contra el referido auto la hoy demandante presento recursos de reposición y apelación, recurso de reposición que se le resolvió de

manera desfavorable y a su vez le fue negada la concesión del recurso de apelación, por tratarse de un litigio de una instancia.

Por tal razón la hoy demandante interpuso recurso queja, que le correspondió desatar al **JUZGADO 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, QUIEN DANDO CUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN FALLO DE TUTELA DEL 28 DE AGOSTO DE 2019, CON PONENCIA DEL MAGISTRADO LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, DECISIÓN APROBADA EN SALA DE CASACIÓN CIVIL EN PLENO, LE ORDENO AL JUEZ 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DECLARAR BIEN DENEGADO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA AQUÍ ACCIONANTE CONTRA EL AUTO**

DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2016 por no ser procedente el recurso de alzada, **CON LO CUAL LA DECISIÓN TOMADA POR EL JUEZ 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA TOMO FIRMESA DESDE EL MISMO MOMENTO EN QUE FUE PROFERIDA LA DECISIÓN, ESTO ES, DESDE EL 7 DE DICIEMBRE DE 2016.**

Con lo anterior es claro que la señora **BUSTOS MORENO** al no acreditar posesión alguna sobre los bienes objeto del presente proceso, lo único que ostento fue una mera tenencia, pues su ingreso al inmueble, obedeció a una relación de arrendamiento que su entonces esposo **VILLATE ZARATE** inicio con **ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON** desde el año 2007, por tal razón pierde fuerza el argumento del **JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, quien adujo que la conciencia con la cual entro **BUSTOS MORENO** al inmueble era en calidad de poseedora, pues según su parecer, era absurdo que existiendo una relación de arrendamiento entre su entonces esposo **VILLATE ZARATE y ORLANDO RODRIGUEZ**, la hoy demandante no hiciera parte del contrato de arrendamiento, apreciación que a todas luces se presume ilógica, pues si **BUSTOS MORENO** no ingreso como propietaria de los inmuebles, lo más lógico era que ingresara en calidad de mera tenedora de los inmuebles pues su acceso se llevo a cabo como causahabiente del arrendatario **JAVIER VILLATE**, situación que esta acreditada,

incluso con la sentencia proferida por **EL JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, quien ordeno terminar el contrato de arrendamiento por mora en el pago de cánones.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL - Magistrado ponente **JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ SC5123-2014** veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014), se refirió a la obligación de acreditar el inicio de los actos posesorios, pues desde este punto es que el operador judicial entra a examinar si durante el tiempo requerido, dicha posesión se realizó de manera pública, pacífica e ininterrumpida, veamos:

“La dificultad de acreditar la existencia de un fenómeno posesorio exclusivamente a partir de la consideración de los hechos en los cuales la detentación se concreta, no ha pasado desapercibida a la jurisprudencia de la Corte que al efecto ha señalado *“el animus o voluntad identificadora de la condición jurídica del ocupante, es todo lo más un factor especificador, en cuanto que fija la causa o germen del contacto material”* con la cosa. Y por ello, también ha dicho que *“la identificación del fenómeno posesorio tropieza con dificultades, conceptuales a la vez que prácticas, habida consideración de que en las más de sus actuaciones quien detenta obra como señor de la cosa en su poder (casación noviembre 25 de 1938, XLVII, 431), de suerte que su calidad de mero tenedor, de poseedor regular o de simple poseedor, que surge de actitudes personales frente a otros sujetos y de los hechos concretos en virtud de los cuales inició ese contacto y lo ha mantenido o transformado, puede solo establecerse con la acreditación de tales factores en el conflicto entre las partes, en consonancia con la magnitud y univocidad de aquellos actos que sean realmente constitutivos del animus, apenas determinable por las huellas que haya dejado el actuar cotidiano, así en la cosa como en quienes han advertido lo que aconteció durante el*

tiempo prolongado que la ley fija para sancionar la alteración en la titularidad del derecho (casación mayo 14 de 1947, LXII, 366)” (G.J. CXIX, p. 351 y 352).

Resulta pues de capital importancia probar la forma específica en la cual quien se dice poseedor entró en contacto con la cosa, en el marco de las relaciones de trato o desconocimiento que hubiere sostenido con anteriores detentadores o con los eventuales propietarios de la época, por cuanto la apreciación integral de tal contexto y de su evolución o sostenimiento, marcará el sentido dentro del cual habrán de ser apreciados los actos particulares en los cuales se traduzca la detentación, actos que analizados fuera de tal marco general de referencia, tal como lo ha advertido la jurisprudencia, difícilmente resultan *per se* indicativos de una condición jurídica particular.

Si el fundamento último de la usucapión no es otro que la intención de atender la apariencia de dominio que deriva de la posesión pacífica e ininterrumpida, en aras de preservar la seguridad, parece natural que resulte prioritario resaltar la forma en la cual el ejercicio de una determinada detentación se inserta en el contexto social próximo, como el más destacado elemento demostrativo del ánimo de señor y dueño.”

Como puede verificarse en la parte motiva del fallo objeto de reproche, ni siquiera el operador judicial logro acreditar el momento en el cual **BUSTOS MORENO** inicio la supuesta posesión, pues el despacho refiere a no haberse aclarado si fue desde el 2007 o en el 2009, mas sin embargo aduce, que el respectivo termino de

prescripción extraordinaria, lo contaba desde el 2009, sin indicar el porqué, incluso aseverando de manera grosera que el termino posesorio se cuenta incluso posterior a la presentación de la demanda, lo que a todas luces es un argumento que contraria la norma de carácter sustancial y la jurisprudencia de la corte a la que se encuentra atado por expreso mandato del artículo 210 constitucional.

Es claro entonces el yerro cometido por el juez de primera instancia al valorar las pruebas del proceso, quien, de manera caprichosa, toma apartes de las declaraciones realizadas por **ORLANDO RODRIGUEZ y VILLATE ZARATE** en el proceso de simulación, para poder construir un argumento que le permitiera acceder a las pretensiones de la demanda incoada por **BUSTOS MORENO**, omitiendo la valoración de la prueba en conjunto, pues de haberlo hecho hubiera llegado a la conclusión de negar las pretensiones de la demanda.

BUSTOS MORENO desde el año 2012, ha insistido de manera reiterada que es la propietaria de los bienes inmuebles propiedad exclusiva y única de los hoy demandados, pues aduce haber entregado a su exesposo **JAVIER VILLATE** la suma de **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)**, representados en el **pagare 002** y la carta compromiso anexa a este, donde según ella se evidencia un falso fraude sobre el apartamento, pues indica que su esposo acordó con los hoy demandados, dejar el inmueble a su nombre, aseverando que era con el único fin de que les desembolsaran el subsidio de vivienda militar, por tal razón el inmueble estaría dos (2) años a nombre de los demandados, mientras que vencía el plazo para que pudiera transferirse a sus verdaderos dueños, quien dice **BUSTOS MORENO** son sus hijas.

El dicho de **BUSTOS MORENO** se hace grosero y mentiroso, pues pretendía que su esposo **VILLATE ZARATE** adquiriera unos inmuebles que ascendían a la suma de **DOSCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$205.000.000)**, con solamente **CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000)** que según ella le entrego a su entonces esposo, pero, ¿podía **VILLATE ZARATE** adquirir unos inmuebles

que tenían un precio de \$205.000.000 cuando solamente contaba con menos de la mitad de los dineros?, pues la respuesta es apenas lógica, nótese señor Magistrado, como **VILLATE ZARATE** en la declaración rendida ante **EL JUZGADO 36 CIVIL DEL CIRCUITO** en el proceso de simulación, adujo que junto con su entonces esposa **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, tenían la intención de cambiar su vivienda por una mas grande, así el matrimonio **VILLATE BUSTOS** se intereso en los inmuebles objeto de este proceso, para lo cual **VILLATE ZARATE** suscribió promesa de venta con la entonces vendedora **ZEMMIR BEDOYA**, pero agrego **VILLATE ZARATE** que no tenían los dineros completos, por lo cual era imposible que adquirieran tales bienes inmuebles.

Mas adelante **VILLATE ZARATE** indica que **ORLANDO RODRIGUEZ** estaba interesado en adquirir un inmueble, pues estaba ad portas de que le fueran desembolsados unos recursos de **LA CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR**, **VILLATE ZARATE** le indica que el iba a adquirir un inmueble pero como no tenia el dinero completo le era imposible adquirirlo, motivo por el cual presenta a los hoy demandados con la señora **ZEMMIR BEDOYA**, quienes negociaron el inmueble y suscribieron **PROMESA DE COMPRAVENTA** que incluso tiene presentación personal en la **NOTARIA 33 DEL CIRCULO DE BOGOTA** por parte de **ZEMMIR BEDOYA, ORLANDO RODRIGUEZ Y MARISOL CHACON**.

Que el precio del inmueble que fue cancelado por los hoy demandados, dineros, que son fruto de prestamos personales que hiciera el hermano del demandado **RODRIGUEZ CASTRILLON**, ahorros del matrimonio **RODRIGUEZ CHACON** y un restante, producto de la **CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR**.

Así las cosas, no se entiende como el aquo indico que **BUSTOS MORENO** ingreso con la conciencia de ser poseedora, pues esta tenia absoluto y pleno conocimiento de ingresar como mera tenedora por la relación de arrendamiento que su esposo tenía con **ORLANDO RODRIGUEZ** y no como propietaria o poseedora, pues no puede pretender la demandante, que cuando no contaba con los recursos para

comprar el apartamento y el garaje, ingresara como propietaria, dicho que es totalmente mentiroso y con el cual ha construido toda una teoría para engañar a los diferentes Jueces de la Republica que han conocido de este conflicto que hoy supera más de 10 años.

BUSTOS MORENO jamás ha demostrado en ninguno de los procesos judiciales como fue la forma en que cancelo el inmueble y eso tiene una explicación y es que jamás pago dicho precio, ni ella ni su esposo **VILLATE ZARATE** pues no contaba con los recursos para adquirirlo, hecho que es reconocido por la misma demandante **FANNY BUSTOS** en las demandas y tutelas que presentó, pues como puede observarse, siempre refiere a haber entregado solamente \$100.000.000 a su esposo, lo que demuestra que la teoría de **VILLATE ZARATE** de no contar con la totalidad del dinero para adquirir dichos bienes se hace cierta, tan cierta que la señora **ZEMMIR BEDOYA** en la declaración rendida en el presente proceso, a una pregunta que realizo el suscrito, la cual no era otra que ¿Cuánto dinero le cancelo la señora **BUSTOS MORENO** por concepto de precio de la compraventa de los inmuebles del greco? A lo cual esta indica que **FANNY BUSTOS JAMAS LE ENTREGO DINERO**, incluso agrega que conoció a **FANNY BUSTOS** posterior a la venta del inmueble.

Así las cosas, es claro que **BUSTOS MORENO** tenia pleno conocimiento que su ingreso al apartamento tenia como base la relación de arrendamiento que inicio su entonces esposo **VILLATE ZARATE** con **ORLANDO RODRIGUEZ**, pues como se indicó, el matrimonio **VILLATE BUSTOS** jamás tuvo el dinero para cancelar dicho inmueble y ello toma mas fuerza con dar lectura al pagare de que tanto se ufana la señora **BUSTOS MORENO**, pues en el cuerpo del mismo da cuenta que los supuestos \$100.000.000 que entrego a su esposo, lo hizo fue directamente a una asociación denominada **ASONALDEX** y no era con el animo de adquirir el inmueble, pues es claro que la intención de **BUSTOS MORENO** era invertir en dicha asociación, incluso refiere dicho pagare que **ASONALDEX** le cancelaria a **BUSTOS MORENO** 1.5% mensual de intereses por dicho contrato de mutuo,

recalcando al final del pagare que en ultimas el beneficiario de dichos recursos es **ASONALDEX**.

Con lo anterior, es claro que la intención de **BUSTOS MORENO** era invertir en asonaldex, pues no es lógico que, al haber pactado intereses en el contrato de mutuo, pretendiera que adquiriera su esposo **VILLATE ZARATE** un apartamento que costaba mas del doble de los dineros entregados por **BUSTOS MORENO**, sumado a la devolución de dichos dineros, más intereses.

BUSTOS MORENO planteo dicha teoría porque en la escritura publica de venta del inmueble se pacto como precio la suma aproximada de \$89.000.000, así entonces pensó que con los \$100.000.000 de pesos que entrego a su entonces esposo **VILLATE ZARATE** en calidad de préstamo, podía fácilmente demostrar que contaba con el total del precio del inmueble, como se observa en los hechos de la demanda de simulación, documentos provenientes del **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, los hechos de la presente demanda de pertenencia y la denuncia penal que instauro en contra de los aquí demandados; lastimosamente para la señora **BUSTOS MORENO** los hoy demandados y la entonces vendedora **ZEMMIR BEDOYA** han sido claros en señalar que el precio real del inmueble fue la suma de \$205.000.000, como se estipulo en el contrato promesa de compraventa que **ZEMMIR BEDOYA** suscribió con los hoy demandados, actitud de **BUSTOS MORENO** que deja entrever su total ignorancia y desconocimiento en el negocio del apartamento y el garaje, pues ni siquiera conocía las condiciones de la negociación.

BUSTOS MORENO al darse cuenta de dicha situación, cambia su versión, aduciendo que los \$105.000.000 restante son frutos de unos dineros provenientes de los préstamos bancarios que aparecen en la liquidación de la sociedad conyugal que esta realizo con **VILLATE ZARATE**, lastimosamente para sorpresa de la demandante, en la cláusula **DECIMO PRIMERA** de la escritura 1396 del 16 de junio de 2009 de la **NOTARIA 64 DEL CIRCULO DE BOGOTA**, ella adujo que

VILLATE ZARATE se comprometía a cancelar dichos créditos, pues ella simplemente solicito dichos dineros, pero en realidad el beneficiario era **VILLATE ZARATE**, esto tiene concordancia con lo manifestado por la señora **BUSTOS MORENO** en el hecho doce (12) de la denuncia penal que instauro contra los aquí demandado, donde refiere que ella jamás uso siquiera en parte mínima dichos recursos, así las cosas, se cuestiona este defensor ¿Cuál es el sustento que tiene **BUSTOS MORENO** para indicar que cancelo la totalidad del precio de los inmueble apto 107 y garaje 62 del conjunto residencial el greco 2?, hasta ahora, no tenemos conocimiento de ello, pues todas las teorías de **FANNY BUSTOS** carecen de verdad, pues lo cierto es que esta acción simplemente es una retaliación a un conflicto que tiene con **VILLATE ZARATE** hace mas de 11 años, del cual el suscrito desconoce su origen.

En la misma escritura pública 1396 del 16 de junio de 2009 de la **NOTARIA 64 DEL CIRCULO DE BOGOTA**, mediante la cual los consortes **VILLATE BUSTOS** liquidaron la sociedad conyugal que existió, en ninguno de sus apartes se nombra el apartamento y el garaje que es propiedad única y exclusiva de los **RODRIGUEZ CHACON**, ni siquiera el supuesto derecho de posesión que tenia **BUSTOS MORENO**, el cual señala ella, ostento desde enero de 2007, por lo cual se predica extraño que 10 años después a la liquidación de la sociedad conyugal con su exesposo, asevere que es propietaria o poseedora de los inmuebles en mención.

En la clausula tercera de dicho instrumento público, se puede observar como los entonces cónyuges **VILLATE BUSTOS** ingresaron el pagare 002 de que tanto se ha ufano la señora **BUSTOS MORENO**, para aseverar que los inmuebles del presente proceso le pertenecen, como puede evidenciar el Tribunal, ese pagare fue adjudicado como hijuela en favor de la señora **BUSTOS**, incluso dejándolo sin valor y efecto, pues novaron dicha obligación de pago en favor de **FANNY BUSTOS**, al indicar en dicha clausula que **VILLATE ZARATE** se comprometía a cancelar dichos dineros juntos a sus respectivos intereses a más tardar dentro de los 10 meses siguientes a la firma de la escritura pública de liquidación de la

sociedad conyugal, así las cosas cobra firmeza la teoría de **VILLATE ZARATE** quien indico que esos dineros **BUSTOS MORENO** se los entrego para trabajarlos en asonalex, por esa razón el famoso pagare 002, refiere a un contrato de mutuo con intereses en favor de **BUSTOS MORENO** y no como una promesa de transferir un inmueble, como absurdamente lo manifestó el señor **JUEZ 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA.**

En la clausula decimo segunda de la misma escritura **FANNY BUSTOS MORENO Y JAVIER VILLATE ZARATE**, señalaron que los bienes que relacionaron en dicho instrumento público, fueron liquidados y adjudicados de común acuerdo y que renunciaba el uno en favor del otro a cualquier tipo de acción judicial o extrajudicial encaminada a modificar en todo en parte el contenido de dicha liquidación, por lo cual esta clausula no es otra cosa que una transacción que de manera temprana pactaron los entonces cónyuges, con el fin de no desconocer lo anotado en el contenido de dicha escritura.

Igualmente debe llamar la atención de la sala el hecho, de que la demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** no es una demandante cualquiera, pues la profesión y oficio que ostenta es el de Abogada, titulo que obtuvo incluso antes del año 2006, cuando se llevo a cabo la compraventa del inmueble por parte de los **RODRIGUEZ CHACON**, así las cosas, no es lógico que **BUSTOS MORENO** indique ahora que fue engañada por su esposo, pues los conocimientos jurídicos de **BUSTOS MORENO**, eran suficientes para que en caso se que fuera engañada, se hubiera dado cuenta desde un inicio de dicha situación, pues a pesar de que **BUSTOS MORENO** no ha actuado como abogada en estas diligencias, debe exigírsele un mayor reproche y celo respecto de sus actividades cotidianas que adelanta, pues se hace absurdo pensar que un profesional del derecho, sea engañado por su cónyuge con la compraventa de un inmueble, aun cuando estaba a su alcance expedir un certificado de libertad y tradición para darse cuenta que había sido objeto de un fraude, este actuar de **BUSTOS MORENO** lo único que deja como conclusión, es que a sabiendas de no haber

pagado el inmueble, ni de ser propietaria, ni poseedora, quiso generar un conflicto posterior al tortuoso divorcio que tuvo con su marido, pues busca cualquier excusa para atacarlo, dentro y fuera de los escenarios judiciales y han sido **ORLANDO RODRIGUEZ Y MARISOL CHACON** víctimas de ese actuar malintencionado y arbitrario por parte de **BUSTOS MORENO**, quien a costa de cualquier cosa, pretende apoderarse de dichos inmuebles, con el único fin de perturbar la paz y tranquilidad de su exesposo y padre de sus hijas **JAVIER VILLATE ZARATE**.

Nótese también, como la señora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** al momento de dejar registro en audio de su comparecencia en la audiencia que se llevó a cabo el día 3 de marzo de 2021 (mirar audiencia del 10 de marzo desde el segundo 55) indica actuar en calidad de demandante y en representación de dos menores de edad (sus hijas) como única representante legal, a lo cual el despacho indica que solo para efectos de claridad quien figura como demandante es **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** y no las menores a que refiere, luego indica la demandante **BUSTOS MORENO** que las menores también son poseedoras del inmueble y que ella actúa como representante de ellas.

Así las cosas, partiendo de una hipótesis poco probable y es que la demandante fuera poseedora, ella misma de manera libre y voluntaria, reconoce que la presunta posesión que ha ostentado, no la ha realizado de manera exclusiva e independiente, pues refiere que ella ha mantenido la posesión junto con sus hijas, por lo cual es clara la confesión espontánea que realiza **BUSTOS MORENO**, demostrándose una vez más, que **BUSTOS MORENO** ni siquiera tiene claro la calidad que ostento en los inmuebles objeto de este proceso, calidad que no es otra que haber sido la causahabiente del arrendatario **JAVIER VILLATE ZARATE**.

Hasta aquí lo que se encuentra plenamente demostrado, es que la señora **BUSTOS MORENO**, nunca ha tenido la calidad de poseedora sobre los bienes objeto de este proceso, pues como ya se ha explicado, carece del elemento animus, situación que ha sido evidenciada por el Juez 70 Civil Municipal de Bogotá

y ratificada por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, en fallo de tutela del 28 de agosto de 2019, como se explicó.

INTERRUPCIÓN DE LA PRESUNTA POSESIÓN QUE OSTENTA FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO.

Para el sustento del presente punto, este defensor partirá de la imposible hipótesis, que la demandante **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, es poseedora de los bienes objeto de usucapión, la anterior claridad, se realiza, en el entendido que en ningún momento los demandados o sus apoderados, han reconocido posesión alguna en cabeza de la accionante, situación que si tuvo acreditada el aquo, así las cosas se entrara a estudiar bajo la hipótesis de una presunta existencia de posesión en cabeza de **BUSTOS MORENO**, si esta fue ininterrumpida, como se tuvo por probado en la sentencia objeto de reproche.

Tiene por probado el aquo, que **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** ostento una posesion publica, pacifica, ininterrumpida y sin clandestinidad, para adquirir por prescripcion extraordinaria los inmuebles objeto del proceso, situacion de la cual difiere de manera total el suscrito apoderado, pues es evidente, que el Juzgado de primera instancia paso por alto pronunciamiento judiciales de otros jueces de la republica, los cuales son anteriores incluso a la fecha de presentacion de esta demanda, aparte de encontrarse en disputa la tenencia material del inmueble por un periodo superior a 10 años, lo cual debio tener por probado el juez de primera instancia, pues si adujo sin estarlo, que la demandante era poseedora, debio realizar un estudio diligente y juicioso sobre los actos de los demandados y propietarios de los inmuebles, realizaron con el fin de recuperar la tenencia material de los mismos, veamos:

Se encuentra acreditado en el presente proceso, que **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, de manera libre y voluntaria, se hizo parte de un proceso de restitucion de inmueble arrendado, que el demandado **ORLANDO RODRIGUEZ**

en calidad de arrendador, iniciara contra el señor **JAVIER VILLATE ZARATE**, quien fungia como arrendatario.

La señora **BUSTOS MORENO**, elevo solicitud al **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** en el proceso 2011-1105 el dia 24 de febrero de 2012, con el fin de que el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** le permitiera su intervencion como tercera interviniente, solicitud que fue aceptada por el juez de instancia, acto seguido **BUSTOS MORENO** de manera mentirosa, empieza a lanzar improperios y aseveraciones en contra del señor **RODRIGUEZ CASTRILLON** y su esposa **MARISOL CHACON**, a quienes les atribuyo la comision de sendos delitos, pues según el dicho de la hoy demandante, el apartamento y el garaje le pertenecian a ella, agregando que por ese motivo los contratos de arrendamiento y los recibos que acreditaban el pago de canones eran falsos, dicho de **BUSTOS MORENO** que pretendio sustentar con una Denuncia Penal que les interpuso a los hoy demandados el dia 23 de febrero de 2012, es decir un dia antes de solicitar su intervencion en el proceso de Restitucion De Inmueble arrendado.

De inmediato, el señor **ORLANDO RODRIGUEZ** salio a defender la propiedad que hasta el dia de hoy ostenta sobre los bienes objeto de usucapion, en el proceso de restitucion de inmueble arrendado.

El señor **JUEZ 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** le nego el petitum a la hoy demandante en sentencia del 13 de septiembre de 2013, ordenando incluso **LA TERMINACION DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE ORLANDO RODRIGUEZ Y JAVIER VILLATE POR MORA EN EL PAGO DE CANONES.**

Para este mismo periodo de tiempo **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO**, al ver negadas sus pretensiones en el proceso de restitucion de inmueble arrendado, decide impetrar demanda verbal de simulacion conocida bajo radicado 2013-80, en contra de **ORLANDO RODRIGUEZ CASTRILLON, MARISOL CHACON,**

JAVIER VILLATE ZARATE Y ZEMMIR BEDOYA MASHUT, proceso que en un inicio conoció **EL JUZGADO 36 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTA** el cual en virtud de una medida de Descongestión envió la diligencia para conocimiento del **JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, juzgado que actualmente conoce del proceso, sin que a la fecha se hubiera proferido sentencia.

La señora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** solicita la nulidad relativa y absoluta de la escritura pública 4409 de la notaría 55 del círculo de Bogotá, mediante la cual enajenaron la propiedad de los inmuebles de este proceso los hoy demandados **RODRIGUEZ CHACON**, igualmente solicita la nulidad del contrato de arrendamiento y los recibos de pago de los cánones.

El señor **RODRIGUEZ CASTRILLON Y SU ESPOSA MARISOL CHACON** se han defendido de las acusaciones de **BUSTOS MORENO** por intermedio de sus abogados.

Posteriormente la señora **BUSTOS MORENO** atacó por medio de varias tutelas, la decisión adoptada por el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, reproches constitucionales que le fueron negados en su totalidad.

EL JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA, libro despacho comisorio, con el fin de que se procediera a la entrega de los inmuebles objeto de este proceso y los cuales eran objeto del proceso de restitución, **LA INSPECCION TRECE E DISTRITAL DE POLICIA** encargada de practicar la entrega de los inmuebles, el día 17 de octubre de 2014 llevó a cabo dicha diligencia, en la cual **BUSTOS MORENO**, se opuso a la diligencia de entrega, pues adujo ser poseedora, para lo cual **LA INSPECCION TRECE E DISTRITAL DE POLICIA** ordenó el envío del despacho comisorio al **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, para que resolviera la oposición presentada, no sin antes advertir en el acta de la diligencia, que dejaba el inmueble a **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO EN CALIDAD DE**

SECUESTRE, figura jurídica propia de la mera tenencia como se explicara.

Desatada tal oposición, la misma fue resuelta por el Juzgado 70 civil Municipal de Bogotá, en auto de fecha del 7 de diciembre de 2016, donde: declaro infundada la oposición a la diligencia de entrega de los inmuebles en cuestión, interpuesta por la Sra. Fanny Constanza Bustos Moreno, y como consecuencia de lo anterior, ordeno la entrega de tales inmuebles **SIN ATENDERSE OTRA OPOSICION**, conforme lo regula el parágrafo 3 del artículo 338 del CPC, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario.

Para llegar a tal conclusión, el juez de conocimiento tuvo en cuenta numerosos argumentos, de los cuales se destacan:

*“De las pruebas recaudadas dentro de la oposición encuentra este juzgador que, no se constituyó o estableció que la señora **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** sea la poseedora del inmueble desde que lo habitaba en enero del 2007 en calidad de propietaria, pues según sus argumentos fue adquirido en la vigencia de la sociedad conyugal y no hay prueba documental que establezca tal supuesto, pues como se ha venido analizando el sustento de su posesión corresponde a las resultas de las denuncias penales y proceso ordinario que inicio contra su exconyuge pero en concreto no se demostraron acciones que infieran que sus actuaciones le haga como señora y dueña de ese inmueble.”*

Igualmente se indica, (...)

“Se destaca que esta entrega de inmueble se está realizando desde hace más de dos años, lo cual seguirla posponiendo esta orden atenta contra el principio de celeridad y eficiencia contra la administración de justicia, pues han sido un sin número los recursos de reposición, apelaciones, acciones de tutela, peticiones de suspensión, entre otras interpuestas contra una

sentencia que se profirió ajustada a derecho, tanto así que todo lo que se ha resuelto por este despacho ha sido confirmado en su totalidad por los entes superiores, pues este servidor ha cumplido con el debido diligenciamiento del proceso que se reitera termino con sentencia el 13 de septiembre de 2012.”

(Subrayas Adheridas)

Es preciso indicar que contra el referido auto la hoy demandante presento recursos de reposición y apelación, recurso de reposición que se le resolvió de manera desfavorable y a su vez le fue negada la concesión del recurso de apelación, por tratarse de un litigio de una instancia.

Por tal razón la hoy demandante interpuso recurso queja, que le correspondió desatar al **JUZGADO 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, QUIEN DANDO CUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN FALLO DE TUTELA DEL 28 DE AGOSTO DE 2019, CON PONENCIA DEL MAGISTRADO LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, DECISIÓN APROBADA EN SALA DE CASACIÓN CIVIL EN PLENO, LE ORDENO AL JUEZ 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DECLARAR BIEN DENEGADO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA AQUÍ ACCIONANTE CONTRA EL AUTO**

DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2016 por no ser procedente el recurso de alzada, **CON LO CUAL LA DECISIÓN TOMADA POR EL JUEZ 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA TOMO FIRMESA DESDE EL MISMO MOMENTO EN QUE FUE PROFERIDA LA DECISIÓN, ESTO ES, DESDE EL 7 DE DICIEMBRE DE 2016.**

Así las cosas, las providencias que hasta esta fecha fueron proferidas por los diferentes jueces de la república, sobre los reproches de **BUSTOS MORENO**, son claramente actos que interrumpen la supuesta posesión que alega tener **BUSTOS MORENO** y la cual tuvo por probada el **JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE**

BOGOTA, pues no cabe duda alguna que con la providencia proferida el 7 de diciembre de 2016 por el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA**, se declaro que **FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO** no era poseedora durante el periodo comprendido de enero de 2007 y hasta el 7 de diciembre de 2016, por tanto ya no era admisible que **EL JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, revisara la supuesta posesión que **BUSTOS MORENO ALEGA TENER DESDE EL 2007 Y HASTA EL 7 DE DICIEMBRE DE 2016**, pues esa situación ya fue decidida por otra autoridad judicial y dicha providencia hace transito a cosa juzgada, por tratarse de un auto que ordena la terminación de un tramite incidental derivado de la Restitución De Inmueble Arrendado.

Así las cosas, se observa el grave yerro cometido por el **JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, pues no le basto con tener por probado sin estarlo que **BUSTOS MORENO** era poseedora, aun reviviendo debates ya concluidos por otras autoridades judiciales, violando el principio constitucional de preclusión y el principio de congruencia, sino que agrava el yerro al omitir pronunciarse sobre las decisiones judiciales que fueron tomadas anteriormente, las cuales se encontraban en firme hace más de 5 años, decisiones que salto de manera arbitraria, violando el principio de seguridad jurídica, del que tanto hacen alusión las altas cortes.

Ahora bien, en atención a que el **JUZGADO 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA** en auto del 7 de diciembre de 2016, declaro infundada la oposición presentada por **BUSTOS MORENO**, ello quiere decir que **BUSTOS MORENO** en caso de tener alguna posición de poseedora, esta seria a partir del 8 de diciembre de 2016, en caso que la orden de entrega jamás se hubiere materializado.

Con lo anterior es claro que la posesion que supuestamente ostento **BUSTOS MORENO** fue interrumpida por los actos civiles que realizaron los propietarios de los inmuebles objeto de la presente demanda, pues incluso, **BUSTOS MORENO** en el interrogatorio de parte rendido en este proceso, indico que Marisol Chacon le

requirio el inmueble el 1 de julio de 2010 y además la demandante agrego que dicho requerimiento jamas lo contesto.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

Nótese entonces que el numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso, establece:

“ARTÍCULO 278. CLASES DE PROVIDENCIAS. Las providencias del juez pueden ser autos o sentencias.

[...]

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

1. [...]

3. *Cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.” (Subrayas adheridas)*

En ese sentido, se sustenta en las razones de hecho y de derecho que configuran la **CARENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA**, conforme procede a explicarse.

Sea lo primero señalar que como es bien sabido, a todaa actuación judicial va inmerso el principio de congruencia contemplado en el artículo 281 del CGP, que establece:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. [...]

(Subrayas y Negrilla adheridas)

Sobre este particular ha manifestado la Honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo del del 12 de diciembre de 2014 radicación 19001310300320100016601. MP. Margarita Cabello Blanco:

“El principio de la congruencia que gobierna el derecho procesal civil, impone que el fallo que emita la autoridad jurisdiccional involucre la materia litigiosa que

las partes han sometido a conocimiento del juzgador cuando formularon sus peticiones o esgrimieron sus defensas.

Por contraste, la incongruencia contemplada en el numeral segundo del artículo 368 del Estatuto de los ritos civiles que corresponde a un error in procedendo, refulge cuando:

“el sentenciador, por un lado, quebranta los linderos de la controversia trazados por las partes en la demanda y en su contestación, en particular, cuando lo resuelto no guarda completa armonía con las pretensiones o con las excepciones que han sido alegadas o que pueden ser reconocidas de oficio y, por el otro, cuando se despreocupa de los supuestos que integran la causa petendi o, dicho de otra forma, se aparta de los extremos facticos que delimitan el litigio. (...). Por tanto, para establecer la presencia de esta irregularidad se hace necesario el cotejo objetivo dentro de lo pedido por el actor, el fundamento factico de las suplicas, las excepciones aducidas por el demandado, y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador por la otra, (...).” “Sentencia del 7 de marzo de 1997, Exp. 4636) >> (CSJ CS, Sent. Dic. 16 de 2005, radicación N. 1993-0232-01).”

Conforme con la citada norma y sumada la jurisprudencia antes descrita, es claro que el funcionario judicial al fallar de fondo, debe sustentar su decisión con base a los supuestos de hecho que le fueron plasmados en el libelo de la demanda, guardando relación con la causa petendi y así mismo con la contestación propuesta por la pasiva, permitiendo esto, que el operador judicial no desborde los límites que se le han otorgado por parte del legislador, lo que le impide ir mas allá de lo que ha sido esbozado y solicitado por el demandante, pues en un estado social de derecho, debe respetarse tal lineamiento, para que no se transgreda el derecho de defensa de alguna de las partes, al ser sorprendidas con un fallo que

se sustente bajo supuestos facticos que no tuvieron la posibilidad de controvertir o con el reconocimiento de una pretensión que no fue solicitada.

Es de conocimiento público que, para incoar la acción de pertenencia deben concurrir unos requisitos de orden formal y otros de orden sustancial, estos últimos sobre los cuales sustentara el reproche este delegado defensor.

Lo que refiere a los requisitos de orden sustancial, para quien pretenda dar inicio a una acción de pertenencia, debe demostrar cuando menos dos requisitos sustanciales, esto es tiempo y posesión, siendo preciso indicar que ninguno de estos dos requisitos se configura en cabeza de la hoy demandante.

Por otro lado, como es de público conocimiento la posesión supone que concurren en la misma persona animus y corpus, por lo que la carencia de uno de tales elementos descarta la posesión, como se pasa a indicar:

En lo que se refiere al animus, debe indicarse que se trata de un elemento de la *psiquis* de quien se dice ser poseedor para actuar como señor y dueño de la cosa, sin reconocer dominio ajeno sobre la misma.

Como es apenas evidente la demandante a través de su apoderado, quien a la luz del artículo 77 del CGP tiene plenas facultades para confesar de manera espontánea, (sin que sea posible que se le restrinja tal facultad – párrafo 3 art 77 CGP), reconoce dominio ajeno en cabeza de los hoy demandados Rodríguez – Chacón, respecto de los inmuebles objeto de este proceso. Es así como en los hechos 2.1 y 3.1. de la demanda que aquí nos ocupa, se señala:

“2.1. El negocio de compra antes referido a favor de los cónyuges Villate – Bustos nunca se llevó a cabo, porque el cónyuge Javier Villate Zarate en contubernio con los actuales propietarios del apartamento 107 y el garaje 62, aquí demandados...

3.1. (...) *debido a que procedieron a suscribir unos contratos de arrendamiento con la finalidad de que Javier Villate Zarate había tomado en arriendo de sus propietarios, los aquí demandados, los inmuebles objeto de esta demanda...*"
(Subrayas adheridas)

En otras palabras, la demandante desde el libelo introductorio de la demanda confiesa que reconoce dominio ajeno en cabeza de los demandados Rodríguez – Chacón, lo que de entrada descarta la posibilidad de que se configure posesión en cabeza de la actora, por no suplir el requisito esencial del animus para acreditar la posesión que pretende alegar.

En tal sentido, en el momento en que la señora Bustos Moreno confiesa en varios de los hechos de la demanda dominio ajeno en cabeza de los Rodríguez - Chacón, respecto de los bienes objeto de litigio, está descartando la configuración del elemento psicológico animus, es decir, evidencia que no es ni se cree señora y dueña de las cosas en litigio, reconociendo tal calidad en cabeza de sus verdaderos y únicos propietarios los Rodríguez – Chacón y esto no es simplemente un hecho sin validez alguna, como pretendió hacerlo ver el **JUEZ 31 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, pues este ultimo adujo, que lo que pretende la acción de pertenencia es despojar a otro quien esta inscrito como titular de dominio, de la propiedad del inmueble, por tal razón agrego que este hecho no era prueba alguna que demostrara que **BUSTOS MORENO** había reconocido dominio ajeno.

Este defensor difiere de la conclusión a la que llega el aquo respecto de la confesión espontanea que realizo **BUSTOS MORENO** a través de su apoderado, pues una cosa es referirse a demandar a los propietarios por exigencia de la ley en esta clase de asuntos y otra muy diferente es referirse a hechos ajenos al proceso, refiriéndose a los hoy demandados como los propietarios del inmueble, pues esta manifestación simplemente indica que **BUSTOS MORENO** reconoce

dominio ajeno y exclusivo de que gozan los hoy demandados sobre los inmuebles de su propiedad.

Conforme con lo anterior, no puede hablarse de posesión en cabeza de la actora, pues uno de los elementos esenciales de tal figura, es el animus, el cual como se ha dicho, no existe en este caso en cabeza de la demandante.

A lo anterior se suma, lo ya narrado en este proceso, cuando se informo al Despacho, que la actora propuso incidente de oposición a la entrega de los mismos bienes objeto de esta Litis, alegando ser poseedora de tales inmuebles desde principios del 2007.

Desatada tal oposición, la misma fue resuelta por el Juzgado 70 civil Municipal de Bogotá, en auto de fecha del 7 de diciembre de 2016, donde: declaro infundada la oposición a la diligencia de entrega de los inmuebles en cuestión, interpuesta por la Sra. Fanny Constanza Bustos Moreno, y como consecuencia de lo anterior, ordeno la entrega de tales inmuebles **SIN ATENDERSE OTRA OPOSICION**, conforme lo regula el parágrafo 3 del artículo 338 del CPC, haciendo uso de la fuerza pública si fuere necesario.

Para llegar a tal conclusión, el juez de conocimiento tuvo en cuenta numerosos argumentos, de los cuales se destacan:

“De las pruebas recaudadas dentro de la oposición encuentra este juzgador que, no se constituyó o estableció que la señora FANNY CONSTANZA BUSTOS MORENO sea la poseedora del inmueble desde que lo habitaba en enero del 2007 en calidad de propietaria, pues según sus argumentos fue adquirido en la vigencia de la sociedad conyugal y no hay prueba documental que establezca tal supuesto, pues como se ha venido analizando el sustento de su posesión corresponde a las resultas de las denuncias penales y proceso ordinario que inicio contra su exconyuge pero

en concreto no se demostraron acciones que infieran que sus actuaciones le haga como señora y dueña de ese inmueble.”

Igualmente se indica, (...)

“Se destaca que esta entrega de inmueble se está realizando desde hace más de dos años, lo cual seguirla posponiendo esta orden atenta contra el principio de celeridad y eficiencia contra la administración de justicia, pues han sido un sin número los recursos de reposición, apelaciones, acciones de tutela, peticiones de suspensión, entre otras interpuestas contra una sentencia que se profirió ajustada a derecho, tanto así que todo lo que se ha resuelto por este despacho ha sido confirmado en su totalidad por los entes superiores, pues este servidor ha cumplido con el debido diligenciamiento del proceso que se reitera termino con sentencia el 13 de septiembre de 2012.” (Subrayas Adheridas)

Es preciso indicar que contra el referido auto la hoy demandante presento recursos de reposición y apelación, recurso de reposición que se le resolvió de manera desfavorable y a su vez le fue negada la concesión del recurso de apelación, por tratarse de un litigio de una instancia.

Por tal razón la hoy demandante interpuso recurso queja, que le correspondió desatar al **JUZGADO 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, QUIEN DANDO CUMPLIMIENTO A LA ORDEN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN FALLO DE TUTELA DEL 28 DE AGOSTO DE 2019, CON PONENCIA DEL MAGISTRADO LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, DECISIÓN APROBADA EN SALA DE CASACIÓN CIVIL EN PLENO, LE ORDENO AL JUEZ 9 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, DECLARAR BIEN DENEGADO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA AQUÍ ACCIONANTE CONTRA EL AUTO**

DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2016 por no ser procedente el recurso de alzada, **CON LO CUAL LA DECISIÓN TOMADA POR EL JUEZ 70 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA TOMO FIRMESA DESDE EL MISMO MOMENTO EN QUE FUE PROFERIDA LA DECISIÓN, ESTO ES, DESDE EL 7 DE DICIEMBRE DE 2016.**

En tal sentido, es evidente que existe pronunciamiento judicial en firme de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien en referido fallo actuó como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, ratificando la decisión del Juez 70 Civil Municipal, donde este declaró infundada la oposición a la entrega presentada por la accionante, al determinar que la señora **BUSTOS MORENO** nunca ha tenido la calidad de poseedora de los bienes que en este proceso nos ocupan.

Hasta aquí lo que se encuentra plenamente demostrado, es que la señora **BUSTOS MORENO**, nunca ha tenido la calidad de poseedora sobre los bienes objeto de este proceso, pues como ya se ha explicado, carece del elemento animus, situación que ha sido fallada por el Juez 70 Civil Municipal de Bogotá y ratificada por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, en fallo de tutela del 28 de agosto de 2019.

Así las cosas, siendo la posesión el elemento esencial para quien pretenda demandar a través de la acción de pertenencia, su carencia implica que no se cumpla con el requisito sustancial de la demanda, lo que desencadena en que **BUSTOS MORENO** al no tener la calidad de poseedora, no le asiste legitimación por activa para pretender la declaratoria de prescripción adquisitiva en su favor, conforme se procede a explicar.

La legitimación en la causa, es entendida como la posibilidad que tiene una persona de demandar a otro por determinada causa, o para controvertir una pretensión que fue puesta en litigio, por ser sujeto de la actividad jurídico sustancial que se sustenta en la pretensión.

La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de agosto de 1995. Expediente No. 4268, expuso:

*“Preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, **es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal**, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de este. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es su titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no solo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo este formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.*

Concretando su criterio sobre el punto, la Corte hizo la siguiente exposición:

“Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción

(legitimación pasiva)” (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es

menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquel, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando este demanda a quien no es poseedor. Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva.”

Subrayas y negrilla fuera de texto.

Igualmente, la Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de julio de 2008. Expediente No. 11001-3103-033-2001-06291-01 indico:

... *“En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte que la legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-De palma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad. Por tal motivo, el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular.”*

Igualmente, la Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de octubre de 2011.

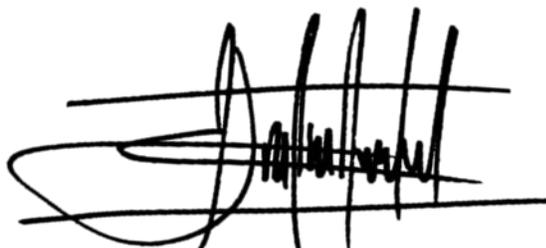
Expediente 11001-3103-032-2002-00083-01, mantuvo la misma línea:

Es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva (casación de 3 de junio de 1971, CXXXVIII, litis. 364 y siguientes).

Con lo anterior, basta con afirmar que quien pretenda demandar en un juicio de pertenencia, deberá demostrar como mínimo, ser el poseedor con ánimo de señor y dueño durante el tiempo necesario y requerido por la ley, pues este requisito es necesario, para tan siquiera, impetrar la causa petendi de usucapión, pues sin el cumplimiento de este requisito de orden sustancial, el operador jurídico estaría en imposibilidad de dirimir un litigio que le fue puesto para su conocimiento.

En tal sentido, es evidente que existe pronunciamiento judicial en firme de la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien en referido fallo actuó como órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, ratificando la decisión del Juez 70 Civil Municipal, donde este declaró infundada la oposición a la entrega presentada por la accionante, al determinar que la señora **BUSTOS MORENO** nunca ha tenido la calidad de poseedora de los bienes objeto del presente proceso.

Se suscribe.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and vertical strokes, positioned above the printed name.

WALTER FABIAN MORENO VARGAS.

C.C. No. 1.016.040.196 De Bogotá.

T.P. No. 293.109 del c. S. de La J.

Señor Doctor

Magistrado Ponente: IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

REFERENCIA: EJECUTIVO HIPOTECARIO

DEMANDANTE: WARCO S.A.S.

DEMANDADO: HUGO FERNELY DIAZ PLAZAS

RADICADO: 11001310303320190025901

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO APELACION SENTENCIA

FRANCISCO TORRES CUELLAR, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado judicial de la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, me permito sustentar el RECURSO DE APELACION propuesto en contra de la sentencia de fecha noviembre 20 de 2.020, dictada en forma escrita por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, y notificada el día 23 de noviembre de la misma anualidad.

FINALIDAD DEL RECURSO

Tiene como objeto principal obtener la revocatoria del fallo apelado y en su lugar se declaren no probadas las excepciones, ordenar seguir adelante con la ejecución con la consecuente condena en costas a cargo de la parte demandada, tanto de primera como de segunda instancia.

SUSTENTACION DEL RECURSO Y REPAROS CONCRETOS CONTRA LA DECISION

Desde la presentación del recurso de apelación y Con el fin de darle cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 322 numeral 3 del C.G.P, se precisó los reparos contra la sentencia, los que en esta oportunidad procederé a ampliarlos así:

1.- La falta de observación y desarrollo de los deberes del Juez, especialmente el contemplado en el Artículo 42 numeral 6 del C.G.P, por falta de aplicación total de la jurisprudencia que rodea el tema

sometido a decisión, y avisar dentro de sus fundamentos la coligación negocial sin desarrollarla, lo que conllevaba a establecer y determinar si existió o no un objetivo conjunto y general querido por las partes que a pesar de tener causas autónomas, tendían a la misma operación económica.

2.- La falta de aplicación del artículo 1622 del C.C., sobre la interpretación sistemática de los contratos

3.- La falta de aplicación del artículo 864 del C Co., sobre el concepto de la finalidad de los contratos comerciales.

4.- La falta de ponderación análisis y valoración en forma conjunta del acopio probatorio, para tomar la decisión de fondo que merecía el asunto.

Los cargos anteriores se predicán, porque la primera instancia, da prosperidad a la excepción de DINERO NO ENTREGADO, construyendo y fundamentando su sentencia con apoyo en los Artículos 2221 y 2222 del C.C., y citando la sentencia 5535 del 22 de marzo de 2.000, para llegar a la conclusión que el dinero mutuado no fue entregado, predicando la invalidez del contrato de mutuo. Pero advierte que el contrato de mutuo, tuvo su origen en el contrato de transacción aprobado por el Juzgado 8 Civil de Circuito de Bogotá, que por lo tanto nunca fue la de perfeccionar un movimiento económico patrimonial, sino que la voluntad de este, fue de forma inequívoca la de garantizar un saldo pendiente de pago originado este en un contrato de transacción.

Precisamente, dicha advertencia y descubrimiento de la génesis u origen de la relación contractual, debería llevarlo a concluir y decidir que dicho contrato de mutuo era válido y eficaz, y no como erróneamente decidió de perder eficacia el contenido del título ejecutivo. Si hubiera aplicado el desarrollo jurisprudencial de la coligación negocial. La aplicación del artículo 1622 del C.C., y 864 del C.Co.

Pues, de conformidad con los preceptos jurisprudenciales, “es deber del juez dentro del proceso donde se presente una coligación negocial determinar si existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes, pues se está ante una pluralidad combinada de contratos donde cada uno de ellos atiende a una causa autónoma pero que de manera conjunta tienden a la realización de una operación económica.”

Al advertir el origen del contrato de mutuo, en aplicación del Artículo 1622 del C.C., y con una interpretación sistemática, se llega a la conclusión que es válido, pues al interpretarse por la del otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia, y por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte, da como resultado que el querer de las partes, fue la de convertir en mutuo el saldo del contrato de transacción y garantizar el primer contrato como lo descubre el operador judicial de primera instancia.

Igualmente, no se debe olvidar que el artículo 864 del C.co., al definir el contrato advierte. “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para construir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial ...”

En el presente caso, el contrato de mutuo, celebrado por las partes y fuente de esta ejecución precisamente busco regular, asegurar y extinguir una relación jurídica patrimonial pactada en el contrato de transacción.

La figura de la coligación negocial, es de creación jurisprudencial, establecida o introducida con los precedentes establecidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la que va siendo adecuada a las necesidades de los casos que son de su conocimiento, evolución hasta del mismo concepto llamado en un principio nexo negocial, conexión contractual, uniones de contratos, llamada hoy en día la figura como coligación negocial, siempre buscando la posibilidad de identificar la existencia autónoma de un contrato, pero dentro de otro, para establecer si las obligaciones del primero son inherentes al otro. Entre estas jurisprudencias encontramos las de la Corte Suprema de Justicia (SC del 31 de mayo de 1938), Sentencia SC- del 06 de octubre de 1.999), sentencia SC18476-2017 del 22 de febrero de 2.017 M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

De esas sentencias se desprende que para la Corte Suprema de Justicia, es el deber del Juez dentro del proceso donde se presente una coligación negocial determinar si existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes, pues si se está ante una pluralidad de contratos, donde cada uno de ellos atiende a una causa autónoma pero que de manera conjunta tienden a la realización de una operación económica.

Las mismas jurisprudencias han precisado que para que exista una coligación negocial, entre dos o más contratos debe determinarse:

A.- Que existan pactos, contratos o acuerdos, concernientes a un conjunto de negocios y contratos tipo.

B.- Que cada contrato tenga singularidad estructural y funcional.

C.- Que no confluyen, crean u originan uno solo.

D.- Que están vinculados por una ligación funcional o teleológica indisociable, imprescindible e inescindible. Conducente a una única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente.

Ahora bien, los contratos deben desarrollarse de buena fe, y las partes que los suscriben no solo se obligan a lo que se expresan en ellos, sino a todo lo que se deriva de su naturaleza de las obligaciones expresan que contienen, y por lo tanto el incumplimiento atribuido a uno de los intervinientes en la red de contratos, versan sobre los compromisos concernientes con el sistema, ese comportamiento no es ajeno al desarrollo contractual, sino propio de él.

El Consejo de Estado, por su parte ha desarrollado este concepto de coligación negocial, señalando que existe cuando un contrato ejerce un influjo sobre la formación de otro u otros contratos, existiendo una derivación del primario. Como se expuso en la sentencia No.- 28233 del 1 de octubre de 2014 Consejero Ponente Dr, Hernán Andrade Rincón.

Como requisitos para la configuración de la coligación negocial, esa máxima entidad, a dispuesto los siguientes requisitos:

A.- Que exista pluralidad de contratos.

B.- Que compartan una causa económica identificable y unitaria.

C.-Que tengan un nexo de tipo genético o funcional. Y

D.-de fuente fáctica o convencional.

Con las anteriores nociones se puede observar que el juez de primera instancia, construyó y fundamentó su sentencia sin la observancia de dichos preceptos jurisprudenciales, pues solo la apoyó erróneamente en los Artículos 2221 y 2222 del C.C., y citando la sentencia 5535 del 22 de marzo de 2000, llegando a la conclusión que el dinero mutuado no fue entregado, predicando la invalidez del contrato de mutuo. Pero si advierte que el contrato de mutuo, tuvo su origen en el contrato de transacción aprobado por el Juzgado 8

Civil de Circuito de Bogotá, que por lo tanto nunca fue la de perfeccionar un movimiento económico patrimonial, sino que la voluntad de este, fue de forma inequívoca la de garantizar un saldo pendiente de pago originado este en un contrato de transacción.

Precisamente, dicha advertencia y descubrimiento de la génesis u origen de la relación contractual, debería llevarlo a concluir y decidir que dicho contrato de mutuo era válido y eficaz, y no como erróneamente decidió de perder eficacia el contenido del título ejecutivo. Si hubiera aplicado el desarrollo jurisprudencial de la coligación negocial. La aplicación del artículo 1622 del C.C., y 864 del C.Co.

Pues es verdad para el proceso, que entre las partes existió un contrato de transacción, que permitió la terminación del proceso adelantado en el Juzgado 8 Civil del Circuito de Bogotá, de donde tuvo su origen el contrato de mutuo, para que este fuera viable, donde el saldo de dicha operación económica se convirtió por la voluntad expresa de las partes en un contrato de mutuo amparado por una garantía hipotecaria, donde encontramos:

- 1.- La existencia de dos contratos sobre el mismo ejercicio económico.
- 2.- cada contrato tiene singularidad estructural y funcional.
- 3.-Que no confluyen, crean u originan uno solo.
- 4.-están vinculados por una ligación funcional o teleológica indisociable, imprescindible e inescindible. Conducente a una única función práctica, económica o social perseguida, siendo necesaria para la concreción definitiva de un interés unitario, propio, autónomo y diferente. para el presente caso, lo fue el de terminar el proceso ejecutivo ante el Juzgado 8 civil del circuito de Bogotá, y satisfacer las obligaciones a cargo del deudor, creándose de esa fuente el contrato de mutuo.

De todos modos, se precisa que existió una contraprestación real, en favor del deudor, es decir, opero una tradición o entrega simbólica del dinero mutuado, pues pensar lo contrario sería patrocinar en favor del deudor un enriquecimiento sin causa con detrimento del patrimonio del acreedor. Máxime que el contrato de transacción ya tuvo su aplicación y cumplió con la finalidad perseguida, que lo era la terminación del proceso ya comentado.

Pasa por alto el funcionario a quo, la confesión expresa del deudor en relación con la deuda que aquí se ejecuta, al manifestar en forma diáfana, que el si debe esa suma de dinero, sin que el funcionario judicial tuviere en cuenta dicha confesión al momento de emitir su fallo.

Es tan cierta la afirmación que aquí se hace, que el demandado Señor Hugo Fernely Díaz Plazas, días después de emitirse el fallo de primera instancia, consignó en la cuenta corriente de la empresa demandante la suma de \$149.945. 540.00, el día 20 de Noviembre de 2020, para lo cual me permito adjuntar el soporte de consignación, expedido por el Banco de Occidente; suma que dijo adeudar en la prueba de interrogatorio de parte; hecho nuevo inequívoco e indudable del reconocimiento de la obligación, dineros que deberán ser tenidos en cuenta al momento de realizar la liquidación del crédito, y aplicables en la forma señalada por la Ley en su oportunidad procesal.

Por lo anterior, solicito de ustedes señores Magistrados considerar estos fundamentos y sustentación del recurso, para que se sirvan REVOCAR la sentencia de primera instancia, ordenar seguir adelante con la ejecución y condenar en costas tanto de primera como de segunda instancia a la parte demandada.

En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación propuesto.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francisco Torres Cuellar'. The signature is stylized with a large initial 'F' and a flourish at the end.

FRANCISCO TORRES CUELLAR

C.C. No.- 19.275.904 de Bogotá

T.P. No.- 39.218 del C.S.J.

Soporte consignacion.

GERENCIA | WARCO S.A.S <gerencia@warco.com.co>

lun 28/02/2022 8:06 AM

Para: francisco.torres.cuellar <franciscotorrescuellar@hotmail.com>

CC: Sofía Sandoval | WARCO S.A.S <asistec@warco.com.co>

Señores:

Buenos días, esto es lo que tenemos de soporte:



Banco de Occidente

Estado de Cuenta - CUENTA CORRIENTE

CUENTA No. 285-00000-5
FECHA DE CORTE: 30/11/2020

20	CONSIGNACION CUENTA EFECTIVO OFICINA			0.00	149,945,540.00
20	- HUGO DIAZ NEIVA				

Cordialmente,

William Sanchez



Avenida 19 No. 118-95 Of. 302
110111 Bogotá, Colombia
Phone +57 1 764 9911 / +57 1 631 5438
Mobile +57 3 21 202 9458
william.sanchez@warco.com.co
gerencia@warco.com.co
www.warco.com.co
www.warco.com.co



HONORABLE MAGISTRADO

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

SALA DE DECISION CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

E. S. D.

REF. RADICACION 036 - 2015 - 00039-02

DEMANDANTE: INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.

DEMANDADOS: ALLIANZ SEGUROS S. A. y LA PREVISORA S. A.

Quien suscribe, **JOSE ISMAEL MORENO AUZAQUE**, identificado civil y profesionalmente conforma aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial de los demandantes, in tempore oportuno, acudo ante su señoría para efectuar la **SUSTENTACION** del **RECURSO DE APELACIÓN**, interpuesto, formulado, concedido y admitido mediante auto de fecha **22 de febrero de 2022**, notificado en estado electrónico de 23 del mismo mes y anualidad, contra la sentencia de primera instancia de fecha **16 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, emitida en forma escrita por el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO (51) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda; labor que cumulo en los siguientes términos:

I. LA DECISION Y SUS FUNDAMENTOS

Luego de encontrar satisfechos los denominados presupuestos procesales para emitir sentencia de fondo, el despacho delimitó el objeto de la decisión, lo cual hizo al formularse el interrogante: *¿Se reúnen las condiciones para que las empresas demandadas respondan por los perjuicios padecidos por Industrias Romil?*

Para dar solución al problema jurídico, dejo sentado, en primero lugar, que la acción se enderezaba por vía de la acción directa dispensada a la víctima en los seguros de responsabilidad, por lo que era menester averiguar por los presupuestos para el éxito de la mencionada acción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1133 del Código de Comercio y a lo destacado por la jurisprudencia al respecto; dejando de camino el deber o carga de la parte demandante, en los términos del artículo 1077 de la obra comercial. En segundo lugar, puso de presente que la existencia y vigencia del contrato de seguro celebrado entre **EMCALI S. A. E.S.P.** y las compañías vinculadas al juicio, se encontraba demostrado, sin que sobre el punto existiera motivo de reproche. Se ocupó, en seguida, de identificar el tipo de responsabilidad que le era atribuible a la sociedad asegurada, para lo cual dijo que se trataba de una responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, en tanto el objeto de la empresa era la de

¡ CON HONESTIDAD Y CUMPLIMIENTO MARCAMOS LA DIFERENCIA !

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

comercialización, distribución y transporte de energía eléctrica. Por último, y en lo constituye el núcleo de la decisión, el despacho de primera instancia dejó consignado que, pese a la presunción de culpa que se cierne sobre la empresa aseguradora, por virtud del carácter de la actividad que desempeñaba, al demandado le era obligatorio demostrar la existencia del daño y su dimensión, así como el nexo de causalidad entre la actividad riesgosa y el daño padecido por la promotora del litigio; por lo que puntualmente dijo que *"Basta, en estos eventos, únicamente el demostrar el ejercicio de la citada actividad en cabeza del encausado como responsable, para que se supere ese hito inicial en el estudio de la responsabilidad. Ahora, lo anterior, en modo alguno, puede o debe entenderse como la liberación de la víctima de sus demás responsabilidades probatorias, pues le sigue asistiendo el deber, para lograr el éxito de sus pretensiones, de acreditar la existencia del daño, su extensión y el nexo de causalidad entre la actividad peligrosa desplegada por el encartado y el daño. Este último aspecto, el del nexo de causalidad, es el que en el asunto de marras quedó sin acreditación alguna, rompiendo por tanto la responsabilidad del asegurado y, consecuentemente el deber indemnizatorio de los demandados."*

Luego de valorar los elementos de prueba, especialmente el testimonio técnico rendido por el especialista **CHRISTIAN CHEREAU** y del dictamen rendido por el auxiliar de la justicia **JAIME LOPEZ QUINTERO**, concluyó que el elemento nexo de causalidad no se encontraba demostrado; por lo que las pretensiones debían denegarse, al no encontrarse demostrada la responsabilidad de **EMCALI S.A.S. E.S.P.**, riesgo asegurado en la póliza que se pretendió activar.

No obstante lo dicho, la judicatura, deja expreso que los daños ocasionados al inmueble de propiedad de la sociedad actora, pudieron tener origen en una inadecuada reparación de la conexión interna a cargo del usuario, pues *"..., como indicio de que la malhadada situación fue ajena al objeto social de la empresa asegurada por las sociedades demandadas, es el hecho de que no se reportaran otros daños en viviendas o establecimientos aledaños, lo que permite colegir válidamente, que la situación incineración de los bienes de la empresa actora se dio por una inadecuada conexión interna y no por el actuar de la sociedad de servicios públicos."*

II. LOS REPAROS PUNTUALES

Para efectos de la presente sustentación, podemos agrupar los reparos puntuales en dos grandes temas: **I)** el vinculados con el abatimiento o no de la presunción de culpa del ente prestador del servicio público de energía eléctrica asegurado **EMCALI S. A. E.S.P.**, y la consecuencia patrimonial para las compañías de seguros demandadas en acción directa y **II)** la demostración por parte del demandante de los elementos de la responsabilidad civil endilgada a **EMCALI S. A. E.S.P.**, entendidos los hallazgos probatorios y su análisis.

III. HECHOS DEMOSTRADOS

Por no haber sido objeto de controversia durante el episodio procesal que transcurrió en primera instancia, puede indicarse como demostrados, los siguientes:

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

- La ocurrencia del incendio el día **25 de junio de 2011**.
- La afectación del predio y la industria.
- La propiedad respecto del inmueble y del establecimiento, por parte de **INDUSTRIAL ROMIL S.A.S.**
- La actividad a que se dedicaba el inmueble para la fecha de la conflagración.
- El desarrollo de la actividad económica para la fecha del incendio.
- El origen del incendio.
- La existencia del contrato de condiciones uniformes para el suministro de energía eléctrica entre **EMCALI S. A. E.S.P.** y el usuario **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**
- La propiedad de la red de distribución del Circuito Alfonso López por parte de **EMCALI S. A. E.S.P.**
- El suministro o alimento de energía eléctrica para el inmueble de propiedad de **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**, desde el Circuito Alfonso López.
- La salida de funcionamiento del Circuito Alfonso López, para el día 25 de junio de 2011.
- La suspensión o "apagón" en el suministro de energía eléctrica para el sector donde se ubicaba el predio de la demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**
- La salida de funcionamiento del circuito Alfonso López, a causa de la caída de una retenida.
- La existencia del contrato de seguro y del amparo de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, suscrito entre **EMCALI S. A. E.S.P.** y la aseguradora **LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**.
- La existencia de la relación de coaseguro entre las compañías demandadas.

Defender Asegurados S.A.S.

ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS
IV. **LINAJE DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS**

En las oportunidades probatorias, tanto por la demandante como por las demandadas, se solicitaron y aportaron pruebas de distinta índole, mismas que fueron decretadas por el despacho de primera instancia, conforme consta en el auto de fecha **11 DE DICIEMBRE DE 2017**; las cuales fueron practicadas en su integridad.

Se practicó prueba por experto, tanto bajo la especie de informe técnico como de dictamen pericial; se escucharon testimonios técnicos y comunes, documentos, exhibición de documentos e interrogatorios de parte.

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

V. DESARROLLO DE LOS REPAROS

5.1. En cuanto corresponde al primero reparo contra la decisión de primera instancia, vinculado al mantenimiento de la presunción de culpa de la entidad asegurada por las compañías demandadas en acción directa, pese a que se calificó la misma a causa de la actividad que desarrollaba, esto es, por tratarse la conducción y comercialización de energía eléctrica como actividad peligrosa, en realidad las condiciones del contrato de condiciones uniformes y la naturaleza de las obligaciones que surgen del mismo para el prestador del servicio de energía, permitían mantener en la prestadora la presunción de culpa.

Bien tiene definido la jurisprudencia que en tratándose de la comercialización de energía eléctrica, surge para el prestador la obligación de seguridad, debido a las precisas características del servicio y de las normas que lo regulan, especialmente de lo indicado en los artículos 11, 28 y 135, entre otros, de la Ley 142 de 1994; adicional a que tales obligaciones a cargo del prestador del servicio de suministro de energía eléctrica, es de resultado. También hay que destacar que por la naturaleza del servicio, la forma legal en que debe prestarse y la obligación de seguridad que surge de la relación contractual, la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio se presume, pues así lo tiene señalado expresamente el numeral 11.9 del artículo 11 de la ley 142 de 1994, norma que expresamente indica que *"Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios y están en la obligación de repetir contra los administradores, funcionarios y contratistas que sean responsables por dolo o culpa sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar."*

Respecto a la obligación de seguridad y de tener carácter de resultado la misma, la jurisprudencia tiene dicho, lo siguiente:

"Se dejó explicado (Numeral 3.3) que el régimen legal de estos contratos consagra obligaciones de seguridad, según lo previsto en los artículos 11, 28 y 135, entre otros, de la Ley 142 de 1994, ya reseñadas. Normativa, que adicionalmente prevé la consecuencia de no cumplirlas. En efecto, el numeral 9 del citado artículo 11 ibídem establece: "11.9. Las empresas de servicios serán civilmente responsables por los perjuicios ocasionados a los usuarios (...)" (Negrillas ajenas al original), lo cual es n: compatible con las obligaciones de seguridad que atribuye a las empresas prestadoras del servicio público de energía.

Sin duda, la principal obligación de esas entidades con el contratante-consumidor es suministrar el flujo eléctrico en forma continua y eficiente, según lo establecido en el artículo 1 1. I ídem; a la que se suma la de mantenimiento y reposición de redes, lo cual implica forzosamente la vigilancia y control de las mismas para verificar su buen estado, mantenerlas en servicio de modo seguro, y conjurar todo riesgo de accidente o deterioro que pueda causar daño a los consumidores o a terceros."¹

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

Teniendo claro que en virtud del contrato de condiciones uniformes ajustado entre la sociedad demandante y la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, afianzada en cuanto a la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por las compañías de seguros demandadas, surge la obligación de seguridad, conforme a la cual los perjuicios padecidos por el usuario, se presumen causados por incumplimiento en las obligaciones propias del contrato, obligaciones que son de resultado y no de medio. Así las cosas, la presunción de culpa en cabeza de la sociedad asegurada, debía mantenerse, bajo los precisos criterios esbozados, lo que implicaba que la carga de la prueba que permitiera derribar dicha presunción, corría a cargo de las demandas, debiendo demostrar una causa extraña.

Con vista en las obligaciones establecidas en la ley 142 de 1994 y por el contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de energía eléctrica domiciliaria, se tiene dicho que *"Tratándose de obligaciones de seguridad impuestas por la ley, como ocurre con la prestación del servicio de energía eléctrica, las mismas tienen un fin protector. Razón por la cual la imputación causal se establece cuando el daño se origina en la transgresión del régimen normativo que impone la obligación de seguridad. En otras palabras, el nexo causal, en estos casos, está dado entre el incumplimiento del deber impuesto por la norma a la entidad prestadora del servicio y el hecho dañoso."*²

Para el caso que se analiza, la actividad desplegada por las aseguradoras demandada no satisfizo tal carga, pues apenas se dedicaron a denunciar que la parte demandante no había demostrado que la causa de la conflagración que consumió el inmueble y los bienes empresariales contenidos en el mismo, habría sido un pico de voltaje atribuible a la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, asegurada por las convocadas a juicio civil; asunto que además de haber sido demostrado con las pruebas obrantes al dossier, particularmente con la prueba por experto rendida por **KHISTIAN CHERAU MORALES**, quien no solo presentó informe técnico sobre las causas del incendio, sino que ratificó el concepto mediante el testimonio técnico rendido; además que, conforme a las particulares consecuencias establecidas en la ley 142 de 1994 y en el contrato de condiciones uniformes, la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio se presumía, en virtud del incumplimiento de las obligaciones de suministro continuo y eficiente de energía. No puede olvidarse que conforme a las manifestaciones escritas de varios de los vecinos del sector donde se encontraba ubicado el inmueble de la demandante, y las declaraciones que en ese sentido se recaudaron mediante comisión en la ciudad de Cali, para el día y hora del incendio, se presentaron deficiencias en el suministro de energía eléctrica, por los picos de voltaje y el apagón.

No obstante, lo dicho, las sociedades demandadas tenían a su cargo demostrar que el incendio en el inmueble de propiedad de la demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**, no había ocurrido por un incumplimiento de la obligación de seguridad, derivada del suministro eficiente de energía eléctrica, labor que no logró acreditar.

5.2. En cuanto respecta a los reparos agrupados bajo la denominación de acreditación de los elementos de la responsabilidad civil que se endilga a la sociedad **EMCALI S. A. E.S.P.**, responsabilidad tanto contractual como extracontractual motivo de amparo en la póliza de seguros emitida por la

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

compañía **ALLIANZ SEGUROS S. A.**, riesgo distribuido con la codemandada **LA PREVISORA S.A.**, en virtud de la operación de coaseguro, grosso modo puede decirse que los elementos de prueba allegados y practicados a lo largo de la actuación permitían determinar que los perjuicios ocasionados a la sociedad actora derivaron del incumplimiento de la obligación de seguros surgida de la naturaleza del contrato de condiciones uniformes celebrado entre la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica y la usuaria, particularmente por la no prestación del servicio de manera continua y eficiente; ello si a bien se tiene que para la fecha de los acontecimientos la prestación del servicio a cargo de la asegurada en responsabilidad por las compañías de seguros demandada, presentó fallas, tal como se corroboró con los documentos y testimonios recaudados.

Ahora bien, insuficiente resultaba para los propósitos de exonerarse de responsabilidad a la asegurada **EMCALI S. A. E.S.P.**, indicar que el origen del incendio había sido en la caja de controles ubicada en el interior del inmueble de propiedad de la demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**, situación que no coincide con su causa, ni que una deficiente operación de reparado de la instalación interna, ante un conato de incendio sucedido tiempo antes de la conflagración que consumió los bienes de la actora, haya sido causa o concausa, pues a tal propósito las demandantes no aportaron pruebas, ni las practicadas se encaminaban a demostrar tales aspectos. Lo anterior, aunado a la presunción que pesaba sobre el prestador del servicio, en los términos de la jurisprudencia y de la ley 142 de 1994, permitían tener por acreditado el incumplimiento de las obligaciones propias del prestador y el daño como consecuencia de las inobservancias por parte de la empresa asegurada.

Estando acreditado el incumplimiento de las obligaciones propias de la relación de suministro de energía eléctrica entre **EMCALI S. A. E.S.P.** y la demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**, el nexo de causalidad que el despacho de primera instancia requirió demostrar a la actora, también se encontraba acreditado, pues las pruebas por experto recaudadas, daban cuenta de tal aspecto, en tanto se determinó que el origen del incendio, es decir, el lugar donde se inició, fue en la caja de controles ubicada al interior del inmueble, pero la causa tuvo que ver con los altibajos en el suministro de la energía, los que hicieron que los controles internos del sistema de distribución, fueran vencidos ante el ingreso de una cantidad de energía que superaba la resistencia de los elementos instalados por el usuario. Ese aspecto fue explicado de manera detallada por el experto **KHISTIAN CHERAU**, tanto el documento técnico aportado como en la posterior declaración, en donde detalló que el pico de voltaje evidenciado el día de los hechos, había provocado el incendio. Conclusión que en nada se afectaba por el dictamen rendido por quien dijo ser experto en la materia, auxiliar de justicia **JAIME LOPEZ QUINTERO**, debido a que sus apreciaciones estuvieron lejos de ser técnicas y sustentadas, pues ante el rigor de las preguntas que le formulara el despacho, antepuso la expresión "supuesto", lo que indica que no pudo determinar de manera concreta y desde la óptica profesional, que la causa de la conflagración haya tenido que ver con una indebida o regular labor de mantenimiento de los sistemas eléctricos internos a cargo de la usuaria y demandante. La presencia de ahumamiento en uno de los tubos de ingreso de energía al inmueble, no es coincidente con una causa interna del incendio, sino con una marca de movimiento del mismo, más aún cuando por el interior del tubo se produjo el escape de humo producido desde el interior del inmueble, sin que se haya dado explicación razonable por el auxiliar de la justicia para indicar que esa marca especial de ahumamiento, sea coincidente con una causa interna del incendio. Tampoco puede tenerse en consideración que la sola responsabilidad del usuario por los equipos e instalaciones que se desprenden del poste (acometida), conlleve a determinar la causa del incendio; pues las demás

“Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius”

“Donde no hay justicia, no puede haber derecho”

pruebas documentales y testimoniales recaudadas, daban especial cuenta de los sucesos de intermitencia en el fluido eléctrico, del apagón y de la salida de humo desde el inmueble de propiedad de la sociedad demandante. Es más, los documentos emanados de la propia **EMCALI S. A. E.S.P.**, daban cuenta del suministro del servicio al inmueble afectado, el circuito desde el cual se hacía, la falla del mismo para el día y hora del incendio, a consecuencia de la caída de una retenida, que implicó el pliegue del tendido eléctrico. Tampoco contribuía a la conclusión del despacho de instancia, respecto de la causa del incendio y su imputación a una conducta de la propia demandante, el informe del ajustador **AXIS**, debido a que su intervención o labor, solo ocurrió **veinte meses después de la conflagración**, cuando la bodega y su sistema de red interna de energía eléctrica había sido reparado completamente; además que se le dio credibilidad en cuanto a la causa del incendio, cuando su conclusión no se extrajo de una labor de verificación directa y oportuna sino remita, y con sustento en el informe rendido por el Cuerpo de Bomberos de Cali; es decir, la conclusión sobre la causa de la conflagración, que se atribuyó a *“una falla interna no determinada”*, no es el resultado de labores de verificación técnica por parte del ajustador, sino la transcripción de lo dicho por un tercero, respecto de lo cual no existió corroboración.

Como se anticipó, el nexo de causalidad en casos de responsabilidad civil contractual, vinculada al suministro de energía eléctrica, no se determina por la naturaleza de la actividad como tal, sino por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales del contratista, pues *“(…) , cuando se trata de responsabilidad civil contractual, ese nexo causal no tiene como referente para su determinación la actividad ejecutada por la parte contratante - aunque la razón por la cual se contrata con ella sea precisamente porque se ocupa en esa actividad -, sino el vínculo entre el incumplimiento de la obligación adquirida por la parte contratante y el hecho dañoso. En otros términos, al deudor incumplido la responsabilidad no se le atribuye por haber participado activamente como ejecutor de actos que llevaron al resultado perjudicial, sino por haberse abstenido de actuar en la forma que se obligó, o de no intervenir para evitar o impedir que ocurriera el episodio perjudicial; es por no actuar, o no hacerlo de manera oportuna y eficaz para conjurar la realización del daño, a pesar de tener la obligación convencional o legal de hacerlo.*

Al respecto, esta Sala en la SC- 13925, 24, ago. 2016, Exp. 2005-00174-01, explica:

“(..) es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una 'causalidad' desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio. ”

De manera, que no siempre debe acreditarse la cadena causal fenoménica dentro de la cual se produjo el hecho perjudicial sobre la base de la conducta positiva de quien se pregona la responsabilidad civil; pues, es posible que sin haber intervenido materialmente con sus actos en ese desarrollo episódico, el resultado dañoso derive de una omisión de conducta negocial debida.”³

“Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius”

“Donde no hay justicia, no puede haber derecho”

Ante la obligación de seguridad impuesta al prestador del servicio de energía eléctrica, y la evidencia del daño, el nexo de causalidad se determina por el incumplimiento de aquella, en la forma y términos concebidos por la jurisprudencia, cuyos apartes se transcribieron in extenso; particularidad que se impone, adicionalmente por cuanto las pruebas albergadas en el expediente dan cuenta de la deficiencia en la prestación de servicio el día y hora en que se presentó el incendio que consumió el inmueble y las existencias; circunstancia que resulta contraria a los deberes legales impuestos en el Numeral 11.9 del artículo 11 de la ley 142 de 1994, en complemento de lo indicado en los artículos 28, 128, 129, 130, 132 y 135 de la misma ley, en concordancia con lo señalado en los artículos 1603 y 1604 del Código Civil.

Reitérese que en el asunto que se discute, existían elementos de juicio que demostraban el nexo causal, pues el daño ocasionado a la demandante, fue consecuencia de la falla en las obligaciones contractuales y legales de EMCALI S. A. E.S.P., especialmente las de suministro de la energía en condiciones de continuidad y eficiencia; además que, la determinación de una causa distinta, competía por entero a las compañías de seguros, debido a su particular situación de la asegurada como prestadora del servicio de energía eléctrica, quien por su experiencia y conocimiento, contaba con una posición de privilegio; además que existían, como ya se advirtió antes, hechos demostrados como el de la falla en el sistema, de la producción del corto circuito en la línea de alta tensión, que la falla se produjo en el circuito que alimentaba el inmueble de propiedad de la sociedad actora, que se produjo un apagón en el sector, que eran frecuentes las alzas de energía en el sector, que seguido al fallo de energía se inició la conflagración en el inmueble y que el inicio del incendio se debió al fenómeno de conversión de energía eléctrica en calórica al interior de la caja de circuitos del inmueble, que las marcas de recorrido del incendio indicaban que los equipos instalados al interior de la bodega incinerada, no fueron afectados por cortos circuitos sino por alcance del fuego, además que el cable que conduce la energía eléctrica hacia el interior del predio y desde la frontera de la acometida, sufrió formaciones esféricas en la punta, cuestión compatible con el ingreso de un sobrevoltaje proveniente de la red externa a cargo de EMCALI S. A. E.S.P. Desde esa óptica, el contexto del caso ponía en mejor condición de probar la ausencia de nexo causal entre la actividad desplegada por la asegurada y el daño ocasionada ala demandante o el rompimiento del nexo de causal, si a bien se tiene que la responsabilidad reclamada de la entidad asegurada EMCALI S. A. E.S.P., provenía del incumplimiento del debido contractual de suministro de energía de manera continua y eficiente.

La sentencia de primera instancia, en forma desafortunada, no tomo en consideración la declaración vertida por el funcionario de la empresa EMCALI, quien al ser interrogado sobre el comportamiento de la red de suministro de energía eléctrica, especialmente el circuito denominado “Alfonso López”, que alimentaba el inmueble de la sociedad demandante, expresó que para el momento del incidente de que da cuenta el proceso, se presentó una anomalía en el circuito, consistente en la caída de una retenida, lo que produjo el desbalance del poste que sostiene la red de transporte de energía de alta tensión, lo que ocasionó el contacto entre los cables y la producción de un corto circuito; anomalía que pese a que no se registró en el centro de control o subestación “Diesel I”, por efecto del mismo corte de energía, lo que aunado a las demás pruebas documentales, testimoniales y por experto, denotaban la contradicción del despacho de primera instancia, al indicar en la sentencia que no se registró para el momento de los hechos un sobre voltaje en la red externa, cuando era evidente que el contacto entre los cables de alta tensión, según dijo el testigo técnico, produjo el corto circuito, y con él, la transferencia de energía hacia las redes internas de los inmuebles alimentados del circuito. Es claro que la falla en el sistema no permitió a la empresa monitorear el comportamiento de la energía después de la caída del suministro, a consecuencia del corto circuito, pues se había deshabilitado el contacto con la central o subestación de monitoreo. Tampoco tomo cuenta del contenido del documento denominado **“REGISTRO DE DISPAROS DEL CIRCUITO ALFONSO LÓPEZ. JUNIO DE 2010 JUNIO DE 2011”**, elaborado por la propia empresa asegurada EMCALI S.A. E.S.P., fechado el 15 DE MAYO DE 2019, se identifican por lo menos tres eventos anteriores al de línea rota por caída de retenida, consistentes en recierres del sistema y reparación

“Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius”

“Donde no hay justicia, no puede haber derecho”

de línea rota; por lo que el suministro de energía eléctrica a través del circuito que alimentaba a **INDUSTRIAS ROMIL**, no operaba para la fecha de los acontecimientos en condiciones de normalidad.

Confundi6, entonces, el despacho de primera instancia, los conceptos de inicio y causa del incendio, en tanto los **TESTIGOS TÉCNICOS**, particularmente el del se6or **KHISTIAN CHEREAU**, quien de manera contundente y t6cnica, dej6 claro que **el origen del incendio fue en la caja de disyuntores ubicada al interior de la bodega, recalcando que la causa del incendio era compatible con alza en el voltaje proveniente desde la red externa que alimenta el inmueble; precisando que el ingreso de cantidades superiores de energa, encontr6ndose cerrado el paso de energa desde la caja hacia el resto de la bodega, produjo el efecto de transformaci6n de energa el6ctrica en cal6rica, lo que produjo el sobrecalentamiento del revestimiento pl6stico de los cables, produciendo el inicio del incendio.** Luego, el origen del incendio en la caja de disyuntores internos de la bodega, no equivale a que la causa del incendio haya tenido que ver con una falla interna de la instalaci6n el6ctrica. En esa misma direcci6n, se pas6 por alto que el testigo t6cnico **KHISTIAN CHEREAU MORALES**, destac6 que **la presencia de formaciones redondeadas en la terminaci6n de los cables de cobre, eran consistentes con una sobre carga de energa el6ctrica, adem6s que las instalaciones internas era las adecuadas, sin que haya podido determinar fallas, desperfectos, instalaciones o reparaciones inadecuadas, que hayan podido producir o iniciar el incendio.**

Por las particularidades del inmueble y el desarrollo de la actividad de la fabricaci6n de muebles para oficina, las instalaciones internas de energa, hacian m6s vulnerable los sistemas de control interno, ante una descarga descomunal de energa proveniente desde la red externa a cargo del prestador del servicio, por lo que la mera ausencia de da6os en otras edificaciones del sector o la falta de reclamaciones de otros vecinos, sean indicios de que la causa de la conflagraci6n haya sido una inadecuada conexi6n interna; pues sobre ese puntual aspecto, ninguna prueba se aport6 por la parte demandada, adem6s que, se trat6 solo de una defensa carente de soporte probatorio.

Por 6ltimo, distinta habr6a sido la suerte de las pretensiones de la demanda, si el despacho de primera instancia, adem6s de realizar un examen detallado, completo y l6gico de los elementos de prueba, hubiera avistado que militaban indicios plurales, graves, convergentes y concordantes, respecto a que la causa de la conflagraci6n en las instalaciones de **INDUSTRIAS EOMIL S.A.S.**, el d6a **25 de junio de 2011**, fue el ingreso de un sobrevoltaje proveniente de la red externa a cargo de **EMCALI S. A. ESP**; pues serv6an como hechos indicadores demostrados: la obligaci6n de seguridad que debi6 observar en desarrollo de la actividad a cargo de **EMCALI S. A. E.S.P.**, la falla en el sistema para el d6a de los hechos, la identificaci6n de la falla con el circuito que alimentaba la energa del inmueble de la demandante y que sufriera las consecuencias del fuego, el apag6n, las anomal6as en la prestaci6n del servicio, la proximidad temporal entre la falla en el circuito y la presencia de humo desde el interior de la bodega y la consecuente presencia de fuego.

ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS

VI. CONCLUSIONES

6.1. La presunci6n de culpa se manten6a en cabeza de la empresa prestadora del servicio de energa el6ctrica **EMCALI S.A. E.S.P.**, en virtud de la obligaci6n de seguridad y de la obligaci6n de suministro de energa de manera continua y eficiente, adem6s por la atribuci6n legal de responsabilidad por los da6os ocasi6n al contrato de condiciones uniformes, tal como se resalt6 por la jurisprudencia y por la **ley 142 de 1994**.

6.2. Ninguna de las pruebas practicadas en el proceso demostraban el rompimiento del nexo de causalidad entre la falta al deber contractual de la empresa asegurada, espec6ficamente que la

"Ubi non est iustitia, ibi non potest esse ius"

"Donde no hay justicia, no puede haber derecho"

causa del incendio que afectó el inmueble de propiedad de la demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.**, haya sido una indebida instalación eléctrica interna a cargo de la demandante.

6.3. Con las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, incluidos los indicios, la demandante demostró que la causa del incendio que afectó su propiedad, fue un sobrevoltaje proveniente de la red externa a cargo de **EMCALI S.A. E.S.P.**, debido a la deficiencia en el mantenimiento y operación de la red.

6.4. La demandante **INDUSTRIAS ROMIL S.A.S.** demostró, contrario a lo dicho por la primera instancia, la responsabilidad civil contractual en que incurrió **EMCALI S.A. E.S.P.**, riesgo amparado en el contrato de seguro que vinculó a las compañías demandadas, al quedar plenamente establecido el incumplimiento en las obligaciones propias del suministro de energía eléctrica, los daños ocasionados a la promotora del litigio y el nexo de causalidad entre aquel y éstos.

VII. SOLICITUDES PUNTUALES

PRIMERA. Tener por sustentado el recurso de apelación interpuesto, formalizado y admitido contra la sentencia de fecha **16 DE SEPTIEMBRE DE 2021**, emitida en audiencia por el **JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA**.

SEGUNDA. REVOCAR la decisión adoptada en primera instancia, para en su lugar acoger las pretensiones de la demanda.

Tenga la seguridad de mi alta consideración, respeto y amistad.

Defender Asegurados S.A.S.

ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN DERECHO DE SEGUROS

JOSE ISMAEL MORENO AUZAQUE

c.c. **4.249.273** de Siachoque

T. P. **130.291** del C. S. de a J.

Joseisma.moreno@outlook.com

notificacionesjudicialesdefenderasegurados@outlook.com

Móvil. **3112621366**

INT. DEFENDER ASEGURADOS. 1114

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 029-2010-00616-01 DR ZULUAGA CARDONA

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 7/03/2022 11:01 AM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 7 de marzo de 2022, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de registro y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 7 de marzo de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Escribiente

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 7 de marzo de 2022 9:15

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310302920100061600

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310302920100061600](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310302920100061600, perteneciente al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.